

(PRIMA) IL DOVERE E (POI) IL DIRITTO:
ALLA RICERCA DEGLI ‘OSSIMORI COSTITUZIONALI’ NELLA CURA DEI
FIGLI

BENEDETTA LIBERALI*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Il “diritto-dovere” o il “dovere-diritto” dei genitori di curare i figli? Una prospettiva di analisi alla ricerca degli “ossimori costituzionali”. - 2. Le ipotesi di “frizione” fra la dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori al cospetto dei diritti alla salute e all’autodeterminazione dei figli. - 2.1. La chirurgia estetica e le marchiature estetiche: quale margine di autonomia decisionale riconoscere al figlio nelle scelte estetiche che riguardano il corpo? - 2.2. L’intersessualismo: se e con quali modalità orientare la scelta del sesso del figlio? - 2.3. Le vaccinazioni (obbligatorie e raccomandate): il diritto di cura dei genitori e le scelte dell’ordinamento, fra evoluzione scientifica e tutela della salute (anche) collettiva. - 2.4. L’intervento interruttivo di gravidanza: il ruolo (solo) eventuale e (comunque) non determinante dei genitori. - 3. Le ipotesi di “scissione” fra la dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori in caso di condanna. - 3.1. L’accesso a determinati benefici per garantire il diritto di cura dei figli e l’adempimento del dovere di cura dei genitori. - 3.2. L’eliminazione dell’automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale. - 4. Il dovere-diritto di cura da parte di entrambi i genitori anche nella “crisi” della famiglia. Qualche osservazione a margine del diritto alla “perfetta” bigenitorialità del cd. disegno di legge Pillon: il diritto paritario di cura di ciascun genitore (“l’un contro l’altro armati” nella crisi di coppia) prevale sul diritto dei figli (e, quindi, sul dovere dei genitori)? - 5. Osservazioni conclusive. Nessuna (rassicurante) soluzione di merito, ma una (precisa) indicazione di metodo.

1. Osservazioni introduttive. Il “diritto-dovere” o il “dovere-diritto” dei genitori di curare i figli? Una prospettiva di analisi alla ricerca degli “ossimori costituzionali”

Ragionare sul rapporto fra genitori e figli e sui principi che ne regolano i relativi profili, al fine specifico che pone questo seminario, ossia al fine di ricercare e interrogarsi sui possibili “ossimori costituzionali” e, dunque, sul contrasto fra la dimensione dei diritti e quella dei doveri

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano, e Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

Il saggio costituisce la rielaborazione dell’intervento programmato svolto in occasione del Seminario annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, tenutosi a Napoli presso l’Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 19 ottobre 2018.

genitoriali, impone di richiamare, innanzitutto e sia pure brevemente, le disposizioni che a quel medesimo complesso rapporto fanno riferimento¹.

Tenendo conto di tali disposizioni e della declinazione che di questo stesso rapporto ne emerge è innanzitutto possibile soffermarsi sullo specifico “ordine” e, dunque, sull’importanza che viene assegnata dal nostro ordinamento ai doveri e ai diritti dei genitori nei confronti dei figli.

Dalle disposizioni costituzionali, infatti, emerge un chiaro ordine che antepone il profilo dell’adempimento dei doveri rispetto al riconoscimento della titolarità dei (pur) corrispondenti diritti.

Tenendo conto di questo preciso e non casuale ordine di riconoscimento (prima) dei doveri e (poi) dei diritti dei genitori, si può assegnare ai primi una posizione non solo formalmente, ma anche sostanzialmente preminente, in ragione del loro carattere servente rispetto alla posizione dei figli e alla garanzia del loro diritto a ottenere l’adempimento dei corrispondenti doveri genitoriali.

Proprio a fronte della stretta connessione fra doveri genitoriali e diritto dei figli al loro adempimento (e, dunque, del diritto alla “cura” da parte dei genitori), è possibile individuare i “casi” in cui si può determinare un “ossimoro” fra doveri e diritti genitoriali, ossia ipotesi di contrasto, a volte anche irriducibile, fra adempimento ed esercizio degli stessi².

L’art. 30 Cost. stabilisce che sia “dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”³, riconoscendo uno specifico ordine di priorità fra il riconoscimento della necessità

¹ Per un generale inquadramento dei principi costituzionali sottesi alla disciplina della famiglia, si vedano in particolare M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016, F. BIONDI, “Quale modello costituzionale”, in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 3 ss., e T. AULETTA, “Dai principi costituzionali al ‘diritto vivente’. Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future”, ivi, 625 ss. Con specifico riguardo alla posizione del minore nella famiglia, si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d’età*, Cedam, Padova, 2015, 49 ss.

² A proposito del diritto e del dovere dei genitori nei confronti dei figli, sottolinea che “non è mai opportuno scindere il diritto dei genitori dal relativo dovere, perché lo stesso diritto non è altro che una ‘funzione’ da svolgere nell’interesse dei figli” E. LAMARQUE, “Art. 30”, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, vol. I, 622 ss. Nello stesso senso, anche F. PATERNITI, “Lo status costituzionale dei figli”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, 23 s., che rileva anche che “la funzionalizzazione del diritto dei genitori pare trovare il suo fondamento in una lettura che affianchi al 1° comma dell’art. 30 Cost. anche la *ratio* sottesa al 2° comma della medesima disposizione, laddove in caso di incapacità dei genitori è comunque previsto un intervento legislativo finalizzato a garantire l’assolvimento dei loro compiti. Tale per cui è possibile configurare un ‘diritto-dovere’ che trova nel preminente interesse del figlio la sua funzione e il suo limite” (ivi, 24).

³ Sulle nozioni che qualificano i contenuti del dovere-diritto dei genitori, ossia il mantenimento, l’istruzione e l’educazione, si rinvia a G. GIACOBBE, “Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione”, in *Iustitia*, 2012, IV, 432 ss., secondo cui con il primo termine si indica l’“esigenza di dare al figlio tutte le opportune e necessarie risorse di ordine economico che ne consentano, sul piano meramente esistenziale, la realizzazione della personalità”, e con il secondo ci si riferisce alle “abilità che consistono nell’acquisire cognizioni tecniche che consentano di svolgere nella società civile una proficua attività lavorativa”. Infine, il terzo termine sarebbe “estremamente più impegnativo, nella misura in cui esso è espressivo della acquisizione di *valori* che, in quanto tali, non sono caratterizzati dalla neutralità”. In questa prospettiva, si sarebbe quindi inteso dare ai genitori “un ruolo di orientamento valoriale, la cui realizzazione presuppone un *progetto educativo*, inteso come complesso organico di valori diretti a rappresentare un unitario sistema di vita”.

Rispetto al diritto all’educazione si veda anche F. PATERNITI, “Lo status costituzionale dei figli”, cit., 24, che sottolinea come questo diritto appaia “rivendicabile non solo rispetto alla famiglia ma, complessivamente, nei confronti della società. In tal senso, oltrepassando i doveri genitoriali enucleati dall’art. 30 Cost., è possibile affermare che la nostra Costituzione prevede in favore dei figli un diritto all’istruzione, non solo nell’ambito delle relazioni tra genitori e figli (art. 30, co. 1 Cost.), ma anche con esplicito riferimento ad istituzioni esterne alla famiglia (art. 34 Cost.)”.

dell'adempimento dei doveri genitoriali rispetto alla titolarità dei corrispondenti diritti⁴. In tale disposizione costituzionale si riflette l'importanza che l'ordinamento ha inteso assegnare innanzitutto ai doveri dei genitori cui corrispondono, come si vedrà oltre, il diritto a essere curati dei figli e, quindi, l'obiettivo di garantirne l'effettività⁵.

La preminenza del riconoscimento del dovere genitoriale e, dunque, l'importanza della garanzia (innanzitutto) dei diritti dei figli, rispetto all'esercizio dei diritti dei genitori si confermano anche alla luce del secondo comma dell'art. 30 Cost., secondo cui la legge provvede a che vengano assolti i loro compiti in caso di incapacità, e dell'art. 31 Cost., che impegna la Repubblica ad agevolare concretamente (con misure economiche e altre provvidenze) il loro stesso adempimento⁶.

Questo ordine funzionale fra doveri e diritti dei genitori (e il suo fondamento) trova ulteriore conforto in una serie di disposizioni del codice civile, di analogo tenore rispetto alla previsione costituzionale, della quale specificano taluni profili⁷.

Si pensi, innanzitutto, all'art. 147 (*Doveri verso i figli*) c.c., che riconduce al matrimonio l'obbligo per entrambi i genitori non solo di mantenere, istruire ed educare i figli (in ciò riprendendo precisamente la formulazione dell'art. 30 Cost.), ma anche di assisterli moralmente, "nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni".

Lo stretto collegamento fra i doveri dei genitori (imposti dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c.) e i diritti dei figli emerge in modo ancora più diretto dall'art. 315-bis (*Diritti e doveri del figlio*) c.c. Tale disposizione, peraltro richiamata dall'art. 147 c.c., riconosce al figlio il "diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", oltre che il "diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano"⁸.

⁴ Si vedano le considerazioni di M. BESSONE, "Art. 30-31", in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, 98, laddove riconosce che lo *status* del genitore, "lungi da essere puro e semplice riflesso di una funzione sociale", "integra in modo perfetto la fattispecie del diritto soggettivo" e "il carattere di doverosità del suo ruolo familiare ne risulta perciò ulteriormente esaltato, in coerenza con il rigoroso principio di procreazione responsabile positivamente espresso dall'art. 30 I° comma".

⁵ Rispetto al dovere dei genitori nei confronti dei figli, E. LAMARQUE, "Art. 30", cit., sottolinea che una "lettura della disposizione costituzionale alla luce degli artt. 2 e 3 della stessa Carta costituzionale suggerisce che esso non abbia comunque una natura meramente patrimoniale, ma implichi al contrario una generale 'cura della persona' del minore".

⁶ A questo proposito si veda E. LAMARQUE, "Famiglia e filiazione", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 597, che sottolinea come il carattere funzionale del diritto del genitore ("nel senso che le sue pretese verso il figlio stanno e cadono in relazione all'effettivo assolvimento dei doveri nei suoi confronti") emerga sia dal primo comma dell'art. 30 Cost. (in ragione della già citata inversione terminologica), sia dal secondo comma della stessa disposizione (in relazione al caso di incapacità genitoriale che impone l'assolvimento ad altri dei relativi compiti, "con conseguente sottrazione ai genitori anche del loro diritto in questo senso").

⁷ Risulta significativo il passaggio della sentenza n. 31 del 2012 della Corte costituzionale, su cui si tornerà anche oltre, secondo cui "si deve osservare che la legge non dà una definizione della potestà genitoriale, ma nell'art. 147 cod. civ. prevede i doveri dei coniugi verso i figli, individuandoli come obblighi di «mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». La norma ripete la formula dell'art. 30, primo comma, Cost. («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio») e dal combinato disposto delle due disposizioni si evince il nucleo di detta potestà, che si collega all'obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo loro il benessere, la salute e la crescita anche spirituali, secondo le possibilità socio-economiche dei genitori stessi".

⁸ Occorre ancora richiamare M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 98, che sottolinea come si debba escludere che "l'impegno dei genitori possa limitarsi al concorso nelle spese necessarie per provvedere economicamente a

Le capacità, inclinazioni e aspirazioni dei figli, quindi, costituiscono punto imprescindibile di orientamento nell'adempimento dei doveri (e nell'esercizio dei diritti) genitoriali e, dunque, nell'esercizio della "responsabilità genitoriale", di cui all'art. 316 (*Responsabilità genitoriale*) c.c., nozione che in modo particolarmente significativo ha sostituito le precedenti espressioni di "patria potestà" e "potestà genitoriale" e che, di conseguenza, pone l'accento, ancora una volta, sulla dimensione (preponderante) dei doveri⁹.

Proprio in relazione alla responsabilità genitoriale (cui, occorre sottolinearlo, la Corte costituzionale aveva già fatto espresso riferimento anche prima della novella del 2012¹⁰), l'ordinamento prevede che possa esserne pronunciata la decadenza, laddove il genitore violi o trascuri i doveri a essa inerenti o quando abusi dei relativi poteri con grave pregiudizio per i figli. L'art. 330 (*Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*) c.c. prevede a questo proposito che il giudice possa, per gravi motivi, allontanare il figlio dalla residenza familiare il genitore.

A fronte di queste considerazioni preliminari che inquadrano in modo necessariamente sintetico i principi che governano il rapporto fra genitori e figli, ci si propone di verificare se siano individuabili "zone di possibile conflitto" nell'adempimento e nell'esercizio di quei medesimi

mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, essendo invece indiscutibile che il loro *officium* esige da ognuno un individuale contributo di affetto e di esperienza in ogni momento del processo di formazione della personalità del minore".

⁹ Rispetto alla nozione di responsabilità genitoriale, introdotta con la riforma di cui alla legge n. 219 del 2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), si vedano A. D'ALOIA - A. ROMANO, "I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)", in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Utet, Torino, 2011, 3 ss., V. MONTARULI, "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale alla luce della recente riforma della filiazione", in C. COTTATELLUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, 189 ss., A. FASANO - S. MATONE, *I conflitti della responsabilità genitoriale*, Giuffrè, Milano, 2013, e A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017. M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Giuffrè, Milano, 2016, 89, sottolineano che con tale termine si intende porre l'accento sui doveri di cura tesi ad attuare l'interesse dei figli, rispetto al quale il ruolo dei genitori è funzionale.

¹⁰ Si pensi alla sentenza n. 99 del 1997, laddove la Corte costituzionale ha sottolineato che "il sequestro di cui all'art. 156 cod. civ. è una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio (sentenza n. 258 del 1996), a prescindere dalla qualificazione dello status. La norma che tale disposizione esprime deve pertanto ritenersi ugualmente applicabile (al di fuori del procedimento di separazione), da parte del giudice competente (v. sentenza n. 23 del 1996) nelle controversie concernenti il mantenimento dei figli naturali poiché il sequestro de quo consiste, secondo quanto detto, in un ulteriore mezzo di tutela speciale ma non eccezionale della prole"; alla sentenza n. 166 del 1998, secondo cui "L'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione di un rapporto di convivenza more uxorio allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, deve quindi regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello status (sentenza n. 99 del 1997). La disposizione impugnata si sottrae pertanto alle dedotte censure di incostituzionalità, in quanto il principio invocato dal giudice a quo - la tutela del minore attraverso l'assegnazione in godimento dell'abitazione, oltre che la determinazione di una somma dovuta per il suo mantenimento - è immanente nell'ordinamento e deve essere attuato sulla base di una interpretazione sistematica degli artt. 261, 147 e 148 del codice civile in correlazione con l'art. 30 della Costituzione, senza necessità dell'intervento caducatorio di questa Corte"; all'ordinanza n. 125 del 1999 che, richiamando la sentenza n. 166 ha ricordato come "il principio di responsabilità genitoriale, che trova fondamento nell'art. 30 della Costituzione, implichi la soddisfazione delle esigenze di mantenimento dei figli, indipendentemente dalla qualificazione dello status non potendo l'attuazione del citato obbligo di mantenimento - che si sostanzia anche nell'assicurare ai figli l'idoneità della dimora - essere condizionata dall'assenza del vincolo coniugale tra i genitori"; alla sentenza n. 394 del 2005 e alla sentenza n. 308 del 2008.

doveri-diritti dei genitori verso i figli (art. 30 Cost., artt. 147 e 315-*bis* c.c.) e, dunque, in definitiva, nell'esercizio della stessa responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.).

In particolare, ci si intende interrogare sulla possibilità e, quindi, sulle modalità con cui si può determinare un vero e proprio “ossimoro” nell'esercizio dei diritti di cura e di protezione dei genitori rispetto all'adempimento dei corrispondenti doveri, per come essi sono riconosciuti dall'art. 30 Cost. e dall'art. 147 c.c. in funzione di garanzia della cura e dei diritti dei figli.

Il riferimento alla posizione (e ai diritti) dei figli consente innanzitutto di determinare i contenuti dei (corrispondenti) doveri dei genitori nei loro confronti e, in particolare, di richiamare la regola generale che deve guidare ogni decisione che li riguarda, ossia la preminente considerazione del loro concreto interesse¹¹, oltre alla necessità di tenere conto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni e per il giudice, in caso di contrasto, di ascoltare i minori nell'adottare i provvedimenti che li riguardano (art. 315-*bis* c.c.).

In secondo luogo, di conseguenza (ed è questo il profilo che in questa sede maggiormente interessa), il diritto a essere curati permette di individuare i casi in cui l'esercizio dei diritti dei genitori può entrare in contrasto con l'adempimento dei loro corrispondenti doveri, proprio in ragione della stretta connessione di questi ultimi con la posizione dei figli.

I doveri genitoriali, infatti, sono strettamente funzionali all'effettiva garanzia del diritto di essere curati di cui sono titolari i figli, come si evince dall'art. 30 Cost. e, in via ancora più diretta, dalla specifica formulazione dell'art. 315-*bis* c.c.¹². Dalla disposizione costituzionale, come si è già visto, può trarsi il carattere servente dei doveri genitoriali rispetto ai diritti dei figli e la loro priorità rispetto ai diritti dei genitori, considerando che i primi (ossia i doveri) sono espressamente anteposti rispetto a questi ultimi. In tal modo, la Costituzione pone un preciso ordine di priorità funzionale fra i doveri e i diritti dei genitori e sottolinea il carattere strumentale dell'adempimento dei doveri genitoriali rispetto alla posizione dei figli e alla garanzia dei loro diritti, laddove stabilisce che è (prima) “dovere” e (poi) “diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”¹³.

Proprio la preminenza del diritto dei figli di essere curati (e di vedere garantiti una serie ulteriore di diritti) consente di individuare le ipotesi in cui l'esercizio del diritto dei genitori (e, in particolare, del loro diritto di attuare il proprio progetto educativo nei confronti dei figli) può

¹¹ Sul principio dei cd. *best interests of the child* si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, e anche “Famiglia e filiazione”, cit., 603 s., laddove si sofferma sulla specifica scelta terminologica di riferirsi al principio del superiore o preminente interesse del minore, anziché al criterio del suo massimo benessere possibile nel caso concreto.

¹² Al riguardo, si veda M. BESSONE, “Art. 30-31”, cit., 108, che sottolineava come le attitudini dei figli quali “«naturale inclinazione» della sua personalità e le stesse «aspirazioni» dei figli” fossero un “fondamentale criterio delle valutazioni necessarie per conformare l'educazione familiare alle garanzie di integrale sviluppo dei valori individuali”. G. MATUCCI, “Articolo 30”, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2018, 205, in modo significativo sottolinea come la formula relativa alla responsabilità genitoriale sia “senz'altro più coerente con il riconoscimento del figlio quale soggetto portatore di diritti, in grado di esprimere la sua personalità e di farla valere nei rapporti familiari [...]. La responsabilità dei genitori non è mera espressione di doveri di cura e di protezione, ma è manifestazione, altresì, dell'impegno a promuovere la personalità del figlio secondo le sue attitudini e le sue potenzialità”.

¹³ In questo stesso senso si veda anche G. MATUCCI, “Articolo 30”, cit., 204.

entrare in contrasto con l'adempimento del corrispondente dovere di cura, in ragione della stretta connessione fra il dovere genitoriale e la posizione dei figli.

Questa prospettiva, che rende peraltro unico l'art. 30 Cost. rispetto a tutte le altre disposizioni costituzionali nell'anteporre il dovere al diritto, può essere verificata a partire da alcuni specifici casi, che possono essere ordinati tenendo conto del diverso grado di problematicità che si determina a seconda dei diritti dei figli che vengono di volta in volta di rilievo.

1. Il primo gruppo di casi è riconducibile alle ipotesi di vera e propria "frizione" fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori nei confronti dei figli.

L'adempimento dei doveri genitoriali è strettamente funzionale a garantire tutta una serie di ulteriori e specifici diritti dei figli, anch'essi riconducibili in generale al diritto di essere curati¹⁴. Si pensi, innanzitutto, al diritto alla salute, al diritto di autodeterminazione e alla libertà religiosa¹⁵, la cui garanzia può essere in alcuni casi messa in discussione o addirittura compromessa dalle concrete modalità di esercizio del diritto di cura da parte dei genitori.

A questo proposito risultano particolarmente significativi, in materia di salute e di autodeterminazione dei figli, i casi dell'intersessualismo (ove occorre scegliere se, quando e come intervenire con trattamenti chirurgici e ormonali subito dopo la nascita o anche in età adolescenziale), delle vaccinazioni (con implicazioni diverse a seconda che si tratti di trattamenti obbligatori, raccomandati o solo facoltativi), della chirurgia e della marchiatura estetiche, del trattamento interruttivo della gravidanza, oltre che del cd. fine vita¹⁶. Ancora, vengono in rilievo il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione, con particolare riferimento alla libertà

¹⁴ Si veda anche T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, 359 ss. e 367 ss., laddove si sottolinea come ai genitori sia attribuita "ampia discrezionalità nelle scelte volte a tutelare i diritti fondamentali del figlio e ad indirizzarne la formazione personale secondo il modello e gli obiettivi che essi intendono privilegiare, nonché riguardo alle modalità per realizzarla: ad es., gli studi da coltivare, il credo religioso al quale avviarlo, le persone da frequentare. Nel compiere tali scelte, i genitori devono *tenere conto* non solo delle proprie convinzioni ma anche delle capacità, *inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore, rispettandone la personalità*".

Si veda E. LAMARQUE, "Art. 30", cit., che sottolinea come "l'unanime dottrina oggi ricorda che non è mai opportuno scindere il diritto dei genitori dal relativo dovere, poiché lo stesso diritto non è altro che una 'funzione' da svolgere nell'interesse dei figli".

¹⁵ In questa sede non si intende, invece, approfondire in modo specifico il profilo relativo al dovere-diritto di mantenere i figli, di taglio eminentemente patrimoniale, tematica già ampiamente indagata e affrontata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, oltre che dalla dottrina, anche in riferimento ai figli maggiorenni. Si vedano al riguardo, per esempio, F. ESPOSITO, "Le vicende incidenti sull'assegno di mantenimento a favore del figlio maggiorenne", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, VII-VIII, 823 ss., G. A. PARINI, "I mobili 'confini' del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti", in *Famiglia e diritto*, 2017, III, 236 ss., F. ESPOSITO, "Il mantenimento del figlio maggiorenne e la sua cessazione", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, XII, 1635 ss., G. IORIO, "Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni", in *Famiglia e diritto*, 2012, XI, 1067 ss., C. MAGLI, "Il matrimonio del figlio maggiorenne quale causa di estinzione del diritto al mantenimento: presupposti e limiti", ivi, 2011, XI, 999 ss., E. MORGANTI, "Il concorso degli ascendenti negli oneri di mantenimento della prole", ivi, V, 467 ss., J. LONG, "Obbligo dei genitori di mantenere la prole e rivalsa dell'ente pubblico per il rimborso della retta per l'ospitalità del minore in comunità familiare", in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, III, 221 ss.

¹⁶ A questo proposito, si pensi a quanto prevede la legge n. 219 del 2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che dedica l'art. 3 (*Minori e incapaci*) alla disciplina specificamente dedicata ai minori per quanto riguarda il consenso informato per i trattamenti sanitari, valorizzando la loro capacità di comprensione e valutazione. In senso critico rispetto a tale previsione, si veda S. STEFANELLI, "Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale", in *Genlus*, 2018, I, 19 s.

religiosa, anche nelle ipotesi di mutilazioni genitali femminili, di circoncisione maschile e del rifiuto delle trasfusioni di sangue¹⁷.

Si pensi poi, in generale, a tutta una serie di opzioni, anche quotidiane e forse certamente meno problematiche, cui sono chiamati i genitori, che incidono direttamente sulla posizione dei figli, quali per esempio la scelta della scuola (pubblica, privata, religiosa) o delle attività sportive o extradidattiche oppure le valutazioni genitoriali circa la possibilità e i limiti della cd. autodeterminazione informativa, con specifico riguardo all'accesso a *internet*¹⁸.

In tutte queste ipotesi si può misurare il diverso grado di problematicità (in certi casi anche irriducibile) nella "composizione" del potenziale o effettivo conflitto che può determinarsi nell'esercizio della responsabilità genitoriale e, dunque, fra dovere e diritto di cura da parte dei genitori, in rapporto alla posizione e ai diritti dei figli.

2. Nella medesima prospettiva, risulta particolarmente interessante un secondo gruppo di casi, che potrebbero essere definiti di vera e propria "scissione" fra la dimensione del diritto e quella del dovere dei genitori. Si tratta di ipotesi in cui l'ordinamento (che concorre, come si è detto, ai sensi dell'art. 31 Cost., a garantire l'adempimento dei doveri dei genitori, giungendo anche a sostituirvisi in presenza di determinate circostanze¹⁹), proprio valorizzando la posizione dei figli minori e, dunque, il loro diritto alla cura, consente ai genitori detenuti di accedere - a fronte di una serie di requisiti - ad alcuni benefici nel corso dell'esecuzione della pena.

Tali benefici permettono non solo di garantire primariamente quel medesimo diritto del figlio alla cura, ma anche, evidentemente, di porre il genitore (pure detenuto) nella condizione di adempiere al proprio dovere di cura. Come si vedrà oltre, alla luce, in particolare, di alcune

¹⁷ Rispetto a queste problematiche, si vedano le considerazioni svolte da F. BASILE, "Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, IV, 1296 ss., G. BRUNELLI, "Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge", in *Quaderni costituzionali*, 2007, III, 567 ss., e A. RANDAZZO, "Ruolo genitoriale e società interculturale", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 401 ss.; G. E. POLIZZI, "«È vietato mangiare sangue»: il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali", in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, X, 2112 ss., e S. ROSSI, "Doveri e responsabilità dei medici verso i minori figli di Testimoni di Geova", in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 17 luglio 2017.

¹⁸ Sottolinea come il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli imponga ai genitori di soddisfare "una molteplicità di esigenze [...], certamente non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma inevitabilmente estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione [...] di una stabile organizzazione domestica", F. PATERNITI, "Lo status costituzionale dei figli", cit., 30 s.

M. DELL'UTRI, "Il minore tra 'democrazia familiare' e capacità di agire", in *Giurisprudenza italiana*, 2008, VI, 1564 ss., richiama anche i casi di accesso diretto e autonomo agli accertamenti diagnostici, ai programmi terapeutici e riabilitativi e di esercizio dell'attività sessuale.

Si vedano, inoltre, G. MATUCCI, "La responsabilità educativa dei genitori fra scuola e dinamiche familiari", in G. MATUCCI - F. RIGANO, *Costituzione e istruzione*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 233 ss., e P. TORRETTA - V. VALENTI, "Sulla garanzia costituzionale del diritto all'istruzione dei minori (art. 34 Cost.)", in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, cit., 71 ss.

Intorno alle problematiche sottese alla cd. autodeterminazione informativa e all'accesso a *internet* si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 229 ss.

¹⁹ Sulla relazione fra artt. 30 e 31 Cost. si veda F. PATERNITI, "Lo status costituzionale dei figli", cit., 27, che sottolinea che "il supremo interesse del figlio viene incastonato dal Testo costituzionale in un complessivo sistema di garanzie che debbono poter prendere forme, oltre che per il tramite di interventi sostitutivi dello Stato (art. 30, co. 2), anche (e soprattutto) tramite la realizzazione di politiche attive volte all'assistenza ed al sostegno sociale della maternità, dell'infanzia e delle famiglie, soprattutto se numerose (art. 31 Cost.)".

decisioni della Corte costituzionale, il diritto alla cura del genitore detenuto, cui viene riconosciuto l'accesso a tali benefici, resta, invece, del tutto sullo sfondo, assumendo rilievo assorbente la dimensione del dovere, in ragione del carattere servente alla posizione dei figli.

La scissione fra dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori appare invece più sfumata nel diverso caso relativo all'eliminazione dell'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale, a fronte della commissione di determinati delitti. In queste ipotesi, come si vedrà oltre, la Corte costituzionale ha in ogni caso valorizzato, per eliminare simile automatismo, la posizione del figlio (venendo in rilievo, di conseguenza, la dimensione del dovere di cura dei genitori), ma ha evidentemente tenuto in particolare conto anche la specificità del delitto per cui è intervenuta la condanna.

3. Da ultimo, tenendo conto che i medesimi principi che governano il rapporto fra genitori e figli ispirano anche la disciplina relativa alla "crisi" della famiglia, accordandosi anche in questa ipotesi preminenza alla posizione e ai diritti dei figli attraverso, in particolare, l'affido condiviso, è possibile svolgere qualche ulteriore considerazione sulla recente proposta di modifica di cui al cd. disegno di legge Pillon.

In particolare, talune delle proposte di modifica introducono rilevanti innovazioni nell'assetto dei rapporti fra i genitori e fra questi e i figli, che sembrano accordare tutela preminente alla dimensione del diritto di cura di ciascun genitore nei confronti dell'altro, senza che assuma (più) valore centrale l'interesse del figlio e, dunque, la stessa dimensione del dovere genitoriale.

2. Le ipotesi di "frizione" fra la dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori al cospetto dei diritti alla salute e all'autodeterminazione dei figli

2.1. La chirurgia estetica e le marchiature estetiche: quale margine di autonomia decisionale riconoscere al figlio nelle scelte estetiche che riguardano il corpo?

Un primo settore in cui vengono in rilievo ipotesi di frizione (se pure certamente non irriducibile come nei casi su cui ci si soffermerà oltre, relativi all'intersessualismo e all'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza) fra l'esercizio del diritto di cura dei genitori e il corrispondente dovere è costituito dalla chirurgia estetica e dalle marchiature estetiche (quali *piercing* e tatuaggi).

Se la prima può svolgere in determinati casi anche una funzione tesa alla tutela della salute (in particolare, nella sua accezione psichica) ed è perciò svolta da soggetti abilitati all'esercizio della professione sanitaria, le seconde soddisfano esclusivamente una personale preferenza estetica, potendosi porre profili connessi alla tutela della salute certamente nella fase della loro esecuzione e anche con riguardo agli effetti che simili trattamenti possono dispiegare sulla parte di corpo interessata²⁰.

²⁰ In materia si veda innanzitutto M. PICCINNI, "Il corpo artefatto: le «marchiature artistiche» tra integrità e autodeterminazione", in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 601 ss., che

Le riflessioni sulla possibilità di riconoscere ai figli la libertà di scegliere intorno alla loro applicazione - e, dunque, sul se e su quali limiti possano incontrare i genitori nell'esercizio del loro diritto di cura - si inseriscono nel più generale contesto che ha a oggetto la stessa liceità di simili pratiche.

Esse certamente consentono al soggetto che le richiede di autodeterminarsi nella scelta di modificare in senso estetico il proprio corpo e, quindi, nello stesso sviluppo della propria personalità, venendo in rilievo a questo proposito gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. Si pongono, allo stesso tempo, profili problematici connessi alla necessità di porre requisiti e limiti all'esercizio delle relative attività professionali, sempre al fine di garantire la salute e l'integrità psico-fisica, alla luce dell'art. 32 Cost. e dell'art. 5 (*Atti di disposizione del proprio corpo*) c.c.²¹.

In mancanza di una organica disciplina che regoli, in particolare, l'accesso a tali trattamenti da parte dei minori, si segnalano ai fini della individuazione delle regole igienico-sanitarie per l'applicazione delle procedure di *piercing* e tatuaggio le due Circolari del Ministero della Sanità, che tengono conto, in particolare, dei rischi di trasmissione di infezioni nella loro applicazione. Rispetto alla posizione dei minori, si specifica che le eventuali limitazioni nell'accesso a tali trattamenti connesse all'età di chi ne fa richiesta potranno essere determinate con provvedimenti legislativi²².

L'accesso dei minori a questo tipo di trattamenti, invece, costituisce un profilo specificamente affrontato dalla legge della Regione Toscana n. 28 del 2004 (*Disciplina delle*

sottolinea come le leggi e i provvedimenti regionali che se ne occupano affiancano le marchiature estetiche all'attività di estetica, "prevedendo particolari disposizioni igieniche e di sicurezza rispetto alle tecniche ed alle sostanze utilizzate" (ivi, 603). Rispetto alla tutela della salute, l'A. ricorda come, oltre alle possibili conseguenze dannose che possono determinarsi a seguito dell'applicazione di questi trattamenti (si pensi alla trasmissione di malattie infettive o all'insorgenza di patologie allergiche e cronico-degenerative), persista "anche il dubbio che vi siano interferenze tra *disturbi comportamentali* e ricorso a tali pratiche" (ivi, 604).

Con l'attività di *piercing* si intende la "perforazione di parte del corpo umano al fine di inserire anelli o decorazioni in metallo o altri materiali, diversi per forma e fattura", mentre con i tatuaggi si indicano "tutte le metodiche volte ad ottenere la colorazione permanente di parti del corpo, sia attraverso l'introduzione o la penetrazione sottocutanea e intradermica di pigmenti mediante aghi o taglienti vari, sia con tecniche di scarificazione, al fine di ottenere figure e disegni indelebili e perenni, o il cosiddetto trucco permanente o semipermanente" (ivi, 603).

L'A. esclude che le attività di *piercing* e tatuaggio possano considerarsi sanitarie, poiché "nemmeno lontanamente volte al perseguimento o alla conservazione della salute del soggetto che ne fa richiesta", tanto che "il nostro ordinamento non ne riserva l'esercizio a soggetti abilitati alla professione medica" (ivi, 602 s.).

G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 176, definisce queste attività come marchiature "artistiche", aventi finalità meramente estetiche.

²¹ Si veda, ancora, M. PICCINNI, "Il corpo artefatto", cit., 606 ss., che si sofferma su tali profili, richiamando anche la posizione giuridica dell'operatore, ossia la sua libertà di esercitare tale attività, "anche in quanto esercizio di una forma d'arte", con ciò venendo in rilievo gli artt. 4, 33 e 41 Cost.

Si veda anche M. PICCINNI, "Le attività di *piercing* e tatuaggio tra libertà di autodeterminazione e limiti alla disponibilità del proprio corpo", in *Rivista italiana di medicina legale*, 2005, III, 513 ss., che indaga i profili di responsabilità penale con particolare riferimento al reato di lesioni personali.

²² Si vedano la Circolare del 5 febbraio 1998, n. 2.9/156 (*Linee guida per l'esecuzione di procedure di tatuaggio e piercing in condizioni di sicurezza*) e la Circolare del 16 luglio 1998, n. 2.8/633 (*Chiarimenti forniti dal Consiglio Superiore della Sanità*).

Si segnalano i disegni di legge AC 4169 (*Modifiche alla legge 4 gennaio 1990, n. 1, concernenti l'attività di estetista, la disciplina dell'esecuzione di tatuaggi e piercing e lo svolgimento delle attività di onicotecnico e di truccatore*), presentato il 12 dicembre 2016, e AC 662 (*Modifiche alla legge 4 gennaio 1990, n. 1, concernenti l'attività di estetista, la disciplina dell'esecuzione di tatuaggi e piercing e lo svolgimento delle attività di onicotecnico e di truccatore*), presentato il 24 maggio 2018, che pongono limitazioni a seconda delle età per l'applicazione di *piercing*.

attività di estetica e di tatuaggio e piercing), laddove, all'art. 4 (*Attività di tatuaggio e piercing*), si dispone il divieto di eseguire tatuaggi e *piercing* ai minorenni senza il consenso informato dei genitori, tranne che per il *piercing* al padiglione auricolare²³. Per i minori di quattordici anni, invece, si prevede un divieto assoluto della loro applicazione, senza che quindi rilevi il consenso dei genitori, che invece diviene essenziale per l'applicazione di *piercing* al padiglione auricolare²⁴.

La generale previsione di ulteriori limiti di esecuzione di queste pratiche, che attengono al divieto di eseguire tatuaggi e *piercing* "in sedi anatomiche nelle quali sono possibili conseguenze invalidanti permanenti ai sensi dell'articolo 5 del codice civile o in parti dove la cicatrizzazione è particolarmente difficoltosa" (art. 4, terzo comma), con rinvio a un regolamento regionale che individua tali sedi anatomiche (art. 5), così come anche le previsioni relative ai requisiti igienico-sanitari, strutturali e gestionali per l'esercizio delle stesse attività, oltre ai percorsi e requisiti formativi (artt. 2, 5, 8 e 10), conduce a riflessioni di più ampio respiro che comprendono, in particolare, lo stesso riparto di competenze fra Stato e Regioni nella regolamentazione della disciplina. Si pensi a tale riguardo non solo alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti sociali e alla tutela della salute, ma anche all'ordinamento civile, alla tutela della concorrenza, alla formazione professionale e alle professioni²⁵.

Tenendo conto della posizione del figlio (riconducibile essenzialmente al diritto di autodeterminarsi nelle scelte estetiche che riguardano il suo corpo) e dei limiti di cui occorre tenere conto per garantire il suo stesso diritto alla salute (sia fisica, in relazione ai rischi che possono determinarsi a fronte dell'esecuzione o meno di tali trattamenti, sia psicologica, laddove, invece, se ne impedisse l'applicazione), sembra che per i genitori che adempiono il loro dovere di cura in simile contesto sia necessario valutare se il figlio possa effettivamente esprimere in modo maturo la scelta di sottoporsi al trattamento e se quest'ultimo non determini alcuna lesione dell'integrità psico-fisica (sia con riguardo alle concrete modalità della sua applicazione, sia con riferimento alla tipologia di trattamento richiesto).

La valutazione della posizione del minore e del suo grado di maturità, quindi, può consentire di non sovrapporre personali posizioni o preferenze dei genitori in ordine alle determinazioni estetiche che incidono sul corpo del figlio²⁶.

²³ Per ulteriori riferimenti alle iniziative delle Regioni Friuli Venezia Giulia, Marche e Lombardia, si rinvia a G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, cit., 177 ss.

²⁴ Tali previsioni sono corredate da uno specifico apparato sanzionatorio. L'art. 12 (*Sanzioni*) prevede la sanzione amministrativa pecuniaria oltre alla cessazione delle attività o alla sua sospensione temporanea a fronte dell'esecuzione di queste rispettivamente ai minori di quattordici anni o ai minori che abbiano compiuto quattordici anni.

²⁵ Sottolinea il profilo problematico del riparto di competenze con specifico riguardo alla materia dell'ordinamento civile, in relazione alle limitazioni poste dalla legge della Regione Toscana alla possibilità di esecuzione di tatuaggi e *piercing* sui minori M. PICCINNI, "Il corpo artefatto", cit., 613.

²⁶ In questo stesso senso, M. PICCINNI, "Il corpo artefatto", cit., 617, ritiene che si debba verificare se il figlio abbia "una sufficiente maturità per sottoporsi all'atto e se l'intervento possa avere un effetto positivo o negativo sullo svolgimento della personalità dello stesso". A questo proposito, l'A. sottolinea anche che "La funzione educativa del genitore [...], pur permanendo sino al compimento della maggiore età, si affievolisce, infatti, con l'avanzare dell'età e della maturità del minore".

Si veda, in generale, anche F. PATERNITI, "Lo status costituzionale dei figli", cit., 28 s., laddove sottolinea come "gli orientamenti cui i figli sentano di voler aderire potranno influenzare la funzione educativa dei genitori in proporzione all'effettiva capacità di discernimento degli stessi figli, tenendo conto cioè della concreta e progressiva maturazione personale ed umana della prole".

2.2. L'intersessualismo: se e con quali modalità orientare la scelta del sesso del figlio?

Un caso in cui l'esercizio del diritto dei genitori può presentare notevoli punti di frizione con la posizione dei figli e, dunque, con l'adempimento dei corrispondenti doveri di cura nei loro confronti si determina laddove, al momento della nascita, siano presenti i caratteri di entrambi i sessi, con ciò non potendosi attribuire in modo univoco l'appartenenza del figlio all'uno o all'altro²⁷.

In questa ipotesi, è possibile, dopo una valutazione medica e attraverso gli strumenti tecnici e scientifici, intervenire chirurgicamente, "valorizzando" in una direzione o nell'altra la presenza dei caratteri sessuali del nato²⁸ e sottoponendolo a una "medicalizzazione forzata per tutta l'esistenza"²⁹.

Si pongono al riguardo, con tutta evidenza, profili estremamente problematici.

In ragione delle conseguenze derivanti dall'applicazione dei relativi trattamenti chirurgici e ormonali, vengono in particolare rilievo il diritto alla salute del nato, sia nella sua accezione fisica sia in quella psichica, quest'ultima strettamente connessa con la libertà di autodeterminazione

²⁷ Si veda innanzitutto su tali problematiche, oltre a L. GIACOMELLI, "Quando la vita familiare infrange il mito della 'normalità': il caso dei minori intersessuali", in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, IV, 597 ss., e a A. LORENZETTI, "Intersex people in Italy between silence of harmful practices and violation of the best interests of the child", in A. LORENZETTI - M. F. MOSCATI (a cura di), *LGBTI persons and access to justice*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, Londra, 2015, 146 ss., A. LORENZETTI, "La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 485 ss., che pone questa ipotesi - come la cd. "pratica" del *manghél*, le mutilazioni genitali femminili e il rifiuto di trattamenti sanitari per ragioni religiose, oltre che i matrimoni combinati e forzati - fra quelle che "evocano un terreno di potenziale contrapposizione fra l'interesse del minore e le scelte di chi esercita la potestà genitoriale" (ivi, 486). L'A. si sofferma sui diversi stati intersessuali, quali "la condizione estremamente rara dell'ermafroditismo, che vede la presenza contemporanea di caratteri sessuali maschili e femminili, e lo pseudo-ermafroditismo, che si verifica quando l'aspetto degli organi sessuali esterni è opposto al sesso cromosomico e al sesso gonadico. Sono altresì incluse nell'intersessualismo le sindromi di Klinefelter, di Turner e di Morris, che in vario modo si caratterizzano per anomalie del patrimonio cromosomico tali per cui l'aspetto esteriore non corrisponde al sesso" (ivi, 487). Si veda anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici", 25 febbraio 2010, 5, che definisce il fenomeno dell'intersessualità quale "ambiguità sessuale" e "sviluppo disarmonico delle diverse componenti del sesso biologico che può condizionare anche la strutturazione dell'identità sessuale e l'assunzione del ruolo di genere".

²⁸ In senso fortemente critico rispetto ai trattamenti chirurgici di "correzione" si veda, ancora, A. LORENZETTI, "La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole", cit., che ricostruisce i possibili approcci all'intersessualismo. Oltre al trattamento chirurgico immediato, infatti, sono stati sperimentati "due protocolli alternativi", ossia da un lato una "completa moratoria di tutti i trattamenti chirurgici non strettamente necessari, da un punto di vista medico, a garantire la salute del bambino", in attesa che raggiunga la maggiore età e possa autodeterminarsi in ordine alla scelta di intervenire, e dall'altro lato "un approccio intermedio che prevede una completa e articolata informativa ai genitori cui è rimessa la discussione sul 'se' procedere all'intervento chirurgico o ormonale nell'interesse del minore" (ivi, 489). Si veda, ancora, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori", cit., 13 ss. che ricostruisce i diversi approcci scientifici al fenomeno. G. CERRINA FERONI, "Intersessualismo: nuove frontiere", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, II, 335, sottolinea come la pratica dell'intervento correttivo "su neonati per forzare in un senso o in un altro un'identità genitale-cromosomica ambigua" debba considerarsi "a tutti gli effetti un trattamento inumano e degradante", non essendo altro che "mutilazioni genitali e corporee dettate dal dogma del binarismo sessuale".

²⁹ S. STEFANELLI, "Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale", cit., 21, che specifica come all'intervento chirurgico conseguano anche "la dipendenza da trattamenti ormonali in ragione dell'asportazione delle gonadi, la perdita del piacere sessuale, spesso la necessità di supporto psicologico, e trattamenti chirurgici periodici per adeguare il corpo alla fisiologica crescita".

nelle scelte di cura e, specificamente, nella scelta sulla determinazione del proprio sesso³⁰, laddove la compresenza dei caratteri di entrambi i sessi non ne consenta una attribuzione univoca al momento della nascita³¹.

La delicatezza del fenomeno e le conseguenze (anche non immediate) che si possono determinare per la vita del minore, sia nel caso in cui si decida di intervenire, sia nel caso opposto, in questo contesto caratterizzato da diversi profili problematici di bilanciamento fra il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione e dall'intervento di diversi soggetti chiamati a dare il proprio contributo (oltre ai genitori, si pensi al ruolo essenziale dei medici), fanno emergere con particolare drammaticità non solo la posizione del nato che, evidentemente, non può esprimere la sua scelta sul "se" e in "quale direzione" intervenire, ma anche, e di conseguenza, l'importanza dell'adempimento del dovere dei genitori, che non dovrebbero sovrapporre personali esigenze o preferenze rispetto al preminente interesse del figlio nello specifico caso concreto.

In tale contesto, reso ancora più complesso dalle stesse incertezze circa gli esiti di questi trattamenti nel medio-lungo periodo³², un ruolo essenziale è certamente svolto dai medici, che necessariamente affiancano i genitori nella valutazione e nella scelta intorno agli eventuali trattamenti per l'assegnazione del sesso al momento della nascita. Fondamentali, quindi, risulteranno non solo tutte le informazioni sull'opportunità o necessità di intervenire e sulle relative modalità, ma anche la diagnosi³³, che può porre ulteriori criticità laddove intervenga non solo in fase prenatale³⁴, ma anche in età adolescenziale (o addirittura adulta)³⁵, quando il figlio è in grado di esprimere la sua posizione al riguardo.

³⁰ Si vedano le considerazioni di A. LORENZETTI, "Il 'trattamento' giuridico della condizione intersessuale", in *Genlus*, 2018, I, 7, laddove configura "il risultato quasi di 'colonizzare' colui o colei del cui corpo e della cui intimità si discute".

³¹ Si pensi alla disciplina dettata per il (pur diverso) caso della rettificazione di sesso dalla legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) e alle decisioni della Corte costituzionale che hanno valorizzato la posizione delle persone transessuali (in particolare, sentenze nn. 98 del 1979 e 161 del 1985, oltre che sentenze nn. 221 del 2015 e 180 del 2017 e ordinanza n. 185 del 2017).

³² Si veda ancora A. LORENZETTI, "La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole", cit., 492, che sottolinea come nel curare l'intersessualismo quale patologia non si riconosca "alcun peso agli studi che dimostrano l'incertezza circa l'esito degli interventi chirurgici sul benessere psico-fisico".

Ancora, A. LORENZETTI, "Il 'trattamento' giuridico della condizione intersessuale", cit., 9, sottolinea che gli interventi in questione "non garantiscono affatto il benessere della persona che li subisce, né 'curano' l'intersessualità della persona, al contrario spesso generando un deterioramento della qualità della vita, come mostrato dagli studi prodotti in altri contesti".

Si veda, inoltre, G. VIGGIANI, "Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico", in *Genlus*, 2018, I, 37, che sottolinea come l'improcrastinabilità dell'attribuzione del sesso al momento della nascita presenti un margine di errore che giunge fino al 40%: ciò "significa che quasi la metà delle persone intersessuali non sente di appartenere al sesso anagrafico con cui è registrata, una volta diventate adulte".

³³ S. STEFANELLI, "Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale", cit., 23, richiama un caso relativo alla richiesta di risarcimento del danno derivante dall'errata diagnosi di un'ipospadia scrotale, anziché di una sindrome androgenitale, con conseguente erronea attribuzione al nato del sesso maschile, deciso dal Tribunale di Bari (sentenza del 25 giugno 2012).

³⁴ Questo profilo viene sottolineato, in particolare, dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori", cit., 5, in relazione alla "anticipazione della diagnosi di alcune patologie di DDS [disturbi della differenziazione sessuale] in fase prenatale che da un lato consentono la possibilità di nuove terapie in utero e dall'altro sollevano - in taluni casi - problematiche etiche nell'ambito della decisione relativa alla accettazione o interruzione di gravidanza", risultando particolarmente importante una "adeguata consulenza genetica".

In tale prospettiva, se pure la possibilità di differire i trattamenti chirurgici e ormonali potrebbe essere ritenuta ragionevole, poiché permette di tenere conto non solo dello sviluppo psichico e fisico del minore, ma anche e soprattutto della sua libertà di autodeterminazione e di scelta, sembrano in ogni caso difficilmente superabili gli oneri di registrazione imposti all'atto della nascita.

In particolare, infatti, è necessario provvedere all'indicazione del sesso del nato, secondo quanto dispone l'art. 29 (*Atto di nascita*) del D.P.R. n. 396 del 2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*)³⁵.

A tale proposito si sono avanzate diverse proposte nel caso in cui si intenda differire la decisione intorno al trattamento chirurgico e ormonale, fra cui, in particolare, quella di assegnare un "terzo genere" o genere neutro.

Simile ipotesi conduce necessariamente ad ampliare la riflessione su questi temi, giungendo a porre in discussione la tradizionale dicotomia fra sesso maschile e sesso femminile e introducendo ulteriori prospettive di analisi relative alla possibilità di riconoscere giuridicamente una terza identità sessuale, quella intersessuale³⁷.

³⁵ In particolare, una diagnosi tardiva può avvenire "nel corso di esami per verificare il ritardo o l'irregolarità di maturazione sessuale (nell'adolescenza) o le cause di una sterilità (in età adulta)" (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori", cit., 13).

³⁶ Si vedano anche gli artt. 30 (*Dichiarazione di nascita*) e 35 (*Nome*) del D.P.R. n. 396 del 2000, in relazione ai limiti temporali della dichiarazione di nascita e al nome imposto al nato, che deve corrispondere al sesso.

Si veda ancora S. STEFANELLI, "Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale", cit., 23, in relazione al caso deciso dal Tribunale per i minorenni di Potenza (decreto del 29 luglio 1993) di nomina di un curatore speciale per applicare gli interventi medici necessari per l'adeguamento del sesso del nato, a fronte dell'inerzia dei genitori.

³⁷ Sul punto, si veda la posizione espressa dal COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori", cit., 22, che ritiene "inaccettabile" l'ipotesi della registrazione all'anagrafe dei nati "*come tali*", poiché "si verrebbe ad istituzionalizzare legalmente, ma in modo ben poco trasparente e surrettizio, un *tertium genus* anagrafico, che non ha alcun riconoscimento normativo nel nostro ordinamento e che provocherebbe pesanti alterazioni nel suo equilibrio sistemico; [...] si attiverebbe [...] una vera e propria stigmatizzazione legale della persona, dalle conseguenze psicologiche e sociali imprevedibili, ma indubbiamente altamente rischiose; inoltre si tratta [...] di ipotesi che proprio al contrario di una specifica identità di genere, manifestano una situazione di incertezza nell'assegnazione sessuale e sull'incertezza non ha senso costruire un'identità terza". Sarebbe, invece, "opportuno [...] (compatibilmente con il principio di indisponibilità dello status civile)" prevedere "la possibilità che l'ufficiale di stato civile registri un'annotazione", fondata su rigorosa e completa certificazione medica, non dell'incerta attribuzione sessuale del neonato, ma della *patologia* di cui egli soffre".

G. CERRINA FERONI, "Intersessualismo: nuove frontiere", cit., 336, ritiene che "Proprio nell'interesse dei minori intersessuali è da respingersi qualsiasi proposta che veda la loro inclusione/registrazione anagrafica in categoria per così dire 'neutre', ovvero non riconducibili al genere maschile o a quello femminile". La soluzione di "non attribuire alcun genere o maschile o femminile al neonato portatore di dette anomalie ed anzi di registrarlo allo stato civile senza specificazione di genere" sarebbe "un atto gravemente lesivo del diritto di ogni soggetto di essere almeno formalmente assegnato o al genere del padre o al genere della madre" (ivi, 337).

Esprime osservazioni critiche A. LORENZETTI, "La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole", cit., rispetto alla rigida ripartizione binaria fra sesso maschile e sesso femminile. Sul punto si veda anche A. D'ALOIA, "Il 'terzo' sesso", in www.forumcostituzionale.it, 26 aprile 2014, 3, che ritiene che "Costringere un soggetto dentro un'identità opposta a quella che egli sente come propria, e impedirgli di realizzare un percorso di avvicinamento e di armonizzazione tra 'corpo' (ed eventualmente anche identificazione anagrafica), e 'genere percepito', non è a mio avviso la stessa cosa (sul piano della intensità della discriminazione e della limitazione al godimento dei suoi diritti) che chiedergli di accettare lo schema binario della classificazione di genere, e di rimanere in uno dei due poli della sessualità, anche quando nessuno di questi due riesca a rappresentare esaustivamente la complessa realtà fisico-biologica e psichica di una persona".

Si consideri, peraltro, come la stessa applicazione dei trattamenti possa considerarsi priva di finalità strettamente sanitarie e, al contrario, fondata sulla “presunta ‘normalità’ sulla base del presupposto (a-criticamente assunto ma) non dimostrato, per cui diversamente ne sarebbe compromesso il benessere della persona coinvolta”³⁸.

Tenendo conto di questi profili ulteriori, sembrano addirittura accentuarsi le notevoli problematicità che caratterizzano le determinazioni genitoriali rispetto al sesso del figlio intersessuale, poiché sia la scelta sia la (pur temporanea) non-scelta - con relativo differimento di eventuali trattamenti - possono determinare in ogni caso conseguenze di non poco momento per la successiva vita di relazione, pur conservandosi nella seconda ipotesi la possibilità di dare effettivo rilievo all'autodeterminazione del figlio nella valutazione della sua sessualità.

2.3. Le vaccinazioni (obbligatorie e raccomandate): il diritto di cura dei genitori e le scelte dell'ordinamento, fra evoluzione scientifica e tutela della salute (anche) collettiva

Il diritto alla salute dei figli (e, dunque, il relativo dovere dei genitori di garantirne l'effettività) viene specificamente in rilievo anche in relazione alle vaccinazioni, sia nel caso in cui siano obbligatorie, sia laddove siano raccomandate o solo facoltative³⁹.

Anche in questi casi si possono verificare, come dimostrano le recenti vicende relative all'introduzione degli obblighi di vaccinazione per l'ingresso agli asili nido e alle scuole primarie, ipotesi di frizione fra l'esercizio del diritto dei genitori di decidere le modalità di cura dei figli e il corrispettivo dovere di garantirne la salute.

Tale evenienza risulta problematica, considerando non solo la dimensione individuale di protezione della salute, ma anche quella collettiva, sia nell'ipotesi di vaccinazioni obbligatorie,

³⁸ A. LORENZETTI, “Il ‘trattamento’ giuridico della condizione intersessuale”, cit., 7. Si veda anche S. STEFANELLI, “Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale”, cit., 21 s., che classifica questi trattamenti come “interventi di chirurgia estetica su neonati e su bambini inconsapevoli, il più delle volte non necessari per la loro salute, eppure ancora praticati al fine di ‘normalizzare’ una atipicità genitale intesa come ‘emergenza psico-sociale’ secondo protocolli superati a livello internazionale”.

³⁹ In particolare, si considera raccomandata la vaccinazione promossa attraverso campagne informative e progetti di pianificazione per il raggiungimento di un'ampia copertura vaccinale, mentre è facoltativa quella “rimessa alla mera volontà dell'assistito, la cui scelta non è né coartata né orientata con azioni positive di convincimento (ancorché incentivata con campagne di comunicazione)” (così A. FEDERICI, “L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie”, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, III, 607). Se il “punto di congiunzione” fra il carattere raccomandato e quello facoltativo “è individuabile nella piena disponibilità della situazione soggettiva, che rinvia in entrambi i casi a una posizione di diritto soggettivo e non di obbligo: [...] l'autonomia è il comune denominatore di entrambe le situazioni”, quello che invece “le disgiunge è l'elemento funzionale, cioè l'interesse che la vaccinazione facoltativa e quella raccomandata concorrono a realizzare: con la prima il soggetto tutela solo il suo interesse individuale alla salute; con la seconda, oltre a raggiungere lo stesso fine, realizza anche un interesse collettivo, nel contempo esercitando un diritto soggettivo e adempiendo spontaneamente a un dovere di solidarietà sociale”. Occorre quindi soffermarsi sul beneficio che viene conseguito attraverso il trattamento. In particolare, in entrambe le vaccinazioni (obbligatorie e raccomandate) “il trattamento risponde a una funzione secondaria, quella di realizzare un interesse individuale, e a una funzione primaria, quella di salvaguardare l'interesse collettivo alla salute pubblica, in quanto in entrambi i casi l'obiettivo finale è quello di proteggere la collettività dalla diffusione di malattie trasmissibili” (ivi, 608).

Le vaccinazioni obbligatorie e raccomandate, quindi, garantiscono “il massimo livello di copertura vaccinale della popolazione”, costituendo “una categoria unitaria all'interno della quale si differenziano per la distinta tecnica, rispettivamente impositiva e promozionale, utilizzata dallo Stato per raggiungere il massimo grado di immunizzazione della popolazione” (*ibidem*).

laddove l'ordinamento compia una specifica valutazione intorno alla necessità di questi trattamenti, sia laddove il trattamento venga solo raccomandato, gravando interamente sui genitori la scelta della sua applicazione⁴⁰.

Con specifico riguardo alle vaccinazioni obbligatorie⁴¹, la Corte costituzionale ha in più occasioni giustificato simile scelta, soffermandosi sulla dimensione individuale e collettiva della garanzia del diritto alla salute. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'imposizione di un trattamento sanitario non è di per sé incompatibile con l'art. 32 Cost., quando sia "diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"⁴². In questa prospettiva, quindi, "gli interessi essenziali della comunità [...] possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari"⁴³.

Il sacrificio che si può imporre al singolo individuo, però, non può superare "quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili"⁴⁴. Se questa soglia viene superata, un "corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento

⁴⁰ Si veda, da ultimo, la sentenza n. 268 del 2017 che ha stabilito, rispetto alle tecniche della raccomandazione e dell'obbligatorietà, che "ferma la differente impostazione delle due tecniche ora in discussione, quel che tuttavia rileva [...] è l'obiettivo essenziale che entrambe perseguono nella profilassi delle malattie infettive: ossia il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale. In questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione. I diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare: «e resta del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito» (sentenza n. 107 del 2012). Per quanto concerne più direttamente le vaccinazioni raccomandate, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali, è naturale che si sviluppi un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli".

⁴¹ A questo proposito si vedano innanzitutto le considerazioni di M. CARTABIA, "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", in *Quaderni costituzionali*, 2012, II, 455 ss., F. MODUGNO, "Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)", in *Diritto e società*, 1982, II, 303 ss., V. MARCENÒ, "I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un 'caso difficile'", in M. CAVINO - C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 229 ss., L. PRINCIPATO, "Obbligo di vaccinazione, 'potestà' genitoriale e tutela del minore", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, VI, 3139 ss., e, da ultimo, F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Giappichelli, Torino, 2018, 27 ss.

⁴² Corte cost., sentenza n. 307 del 1990, e, nello stesso senso, sentenza n. 107 del 2012.

⁴³ Corte cost., sentenza n. 218 del 1994.

⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 307 del 1990 e, nel medesimo senso, anche sentenza n. 258 del 1994.

sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento⁴⁵.

La Corte costituzionale, inoltre, ha ribadito che “nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri. La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall’aver ottemperato all’obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno⁴⁶. Se non venisse garantito a chi si sottopone al trattamento obbligatorio un equo ristoro “finirebbe con l’essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute⁴⁷. In capo alla collettività, quindi, può essere individuato “non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l’obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall’intera collettività⁴⁸.

In questo contesto si inserisce, da ultimo, la sentenza n. 5 del 2018 della Corte con cui sono state dichiarate inammissibili e infondate le questioni sollevate dalla Regione Veneto sul decreto legge n. 73 del 2017 (*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci*), come convertito dalla legge n. 119 del 2017, che ha introdotto l’obbligo di dieci vaccinazioni per i minori di sedici anni, richiedendo all’art. 3 (*Adempimenti vaccinali per l’iscrizione ai servizi educativi per l’infanzia, alle istituzioni del sistema nazionale di istruzione, ai centri di formazione professionale regionale e alle scuole private non paritarie*) la presentazione della relativa documentazione quale condizione di accesso per i servizi educativi per l’infanzia e le scuole dell’infanzia e non per gli altri gradi di istruzione e per i centri di formazione professionale regionale⁴⁹.

Proprio in relazione a tale disciplina e all’introduzione della tecnica dell’obbligo, anziché quella della raccomandazione, si sono registrate le maggiori problematiche, rese ancora più complesse dalla necessità di tenere conto dell’evoluzione scientifica e della tecnica.

⁴⁵ Corte cost., sentenza n. 307 del 1990.

⁴⁶ Corte cost., sentenza n. 118 del 1996, come anche sentenza n. 27 del 1998.

⁴⁷ Corte cost., sentenza n. 307 del 1990.

⁴⁸ Corte cost., sentenza n. 118 del 1996. Sui profili relativi al riconoscimento del diritto all’indennizzo, in caso di menomazioni permanenti derivanti da trattamenti di vaccinazione obbligatorie, ma anche raccomandate, si veda, da ultimo, Corte cost., sentenza n. 268 del 2017, con cui, riprendendo alcuni specifici precedenti in materia, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, primo comma, della legge n. 210 del 1992 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati*), laddove non prevedeva il diritto all’indennizzo anche per chi si fosse sottoposto alla vaccinazione (solo raccomandata e non obbligatoria) antinfluenzale.

⁴⁹ In particolare, sono obbligatorie le vaccinazioni anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-Haemophilus influenzae tipo b; anti-morbillo; anti-rosolia; anti-parotite; anti-varicella.

Sui profili sottesi si vedano C. AMATO, “L’obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse del figlio”, in *Famiglia e diritto*, 2014, IV, 372 ss.; AA. VV., “Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte”, in *BioLaw Journal*, 2017, II, 15 ss.; M. DE PAMPILIS, “La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico”, in *Famiglia e diritto*, 2017, XII, 1106 ss.

A commento della sentenza n. 5 del 2018 si veda in particolare A. IANNUZZI, “L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche”, in *Consulta OnLine*, 2018, I, 87 ss.

In particolare, viene innanzitutto in rilievo la posizione dei minori, con particolare riguardo al diritto alla salute, nella sua accezione non solo individuale (sia considerando che il trattamento di vaccinazione obbligatoria garantisce direttamente il minore rispetto al rischio di contrarre la relativa patologia, sia tenendo conto che, alla luce della sua specifica condizione fisica, in alcuni casi le conseguenze negative per la salute possono sconsigliarne se non addirittura impedirne l'applicazione), ma anche collettiva (si pensi, infatti, agli effetti che la più ampia copertura vaccinale dispiega, impedendo che coloro che non possono vaccinarsi contraggano la specifica patologia).

La posizione dei minori in relazione alle vaccinazioni, però, interessa anche il diritto all'istruzione e all'educazione. Come si è visto, il decreto legge n. 73 garantisce in ogni caso il diritto di accesso alla scuola, impedendolo, invece, per gli asili nido. Se, quindi, viene certamente garantito il diritto di istruzione anche ai minori non vaccinati, non possono non considerarsi le corrispettive conseguenze che sul medesimo diritto (oltre che, ovviamente, sul diritto alla salute) si dispiegano per la categoria di minori che, al contrario, non possono, alla luce dello specifico quadro clinico che li caratterizza, sottoporsi al trattamento.

In secondo luogo, viene in rilievo la posizione dei genitori, cui viene imposta per legge la sottoposizione dei figli a un determinato numero di vaccinazioni, nonostante possano avere convinzioni personali che li conducono a ritenere che la stessa salute dei figli possa essere compromessa, e niente affatto tutelata, proprio dall'applicazione dei trattamenti di vaccinazione. L'ordinamento, dunque, impone tali trattamenti a tutela della salute collettiva, ma anche individuale, sulla base dei dati scientifici, così sostituendosi, in definitiva, ai genitori nelle conseguenti determinazioni sulla tutela della salute dei figli⁵⁰.

Questi profili sono stati affrontati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132 del 1992, con cui sono state decise le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla legge n. 51 del 1966 (*Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica*), relativa all'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di età, con riconoscimento della responsabilità dei genitori per il rispetto di tale obbligo e previsione di una sanzione pecuniaria amministrativa, per contrasto con gli artt. 32 e 34 Cost.

Secondo il giudice rimettente tale disciplina sarebbe stata incostituzionale laddove, “prevedendo come unica sanzione la pena pecuniaria, non dispone, ai fini della tutela del diritto del minore alla salute e all'istruzione, e del diritto della collettività alla salute, la coercibilità della vaccinazione obbligatoria sui minori non sottoposti a tale trattamento dall'esercente la potestà genitoriale”⁵¹ (ora, responsabilità genitoriale).

⁵⁰ Rispetto alla scelta dell'ordinamento di imporre l'obbligo delle vaccinazioni anziché la sola raccomandazione, si veda in particolare il passaggio della sentenza n. 5 del 2018 con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto che in materia deve riconoscersi “spazio alla discrezionalità del legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia (così, la giurisprudenza costante di questa Corte sin dalla fondamentale sentenza n. 282 del 2002)”.

⁵¹ Corte cost., sentenza n. 132 del 1992.

La Corte costituzionale, nel dichiarare infondate le questioni, ha ritenuto in primo luogo che la previsione della sanzione rientrasse nella discrezionalità del legislatore e, pertanto, non fosse censurabile se non arbitraria. In particolare la Corte, nel rilevare che “Tale rimedio va peraltro considerato nel quadro delle altre misure previste dall’ordinamento per la tutela del diritto alla salute della collettività rispetto ai rischi connessi al mancato adempimento dell’obbligo alla vaccinazione, nonché delle misure che l’ordinamento prevede per la tutela degli interessi del bambino”, ha sottolineato in modo specifico che queste sono poste “anche nei confronti dei genitori che non adempiano i compiti inerenti alla cura del minore”, con ciò confermando il carattere servente dell’adempimento dei doveri genitoriali rispetto alla posizione dei figli.

In secondo luogo, rispetto al requisito della vaccinazione per l’ingresso alla scuola dell’obbligo (quale misura tesa a “scongiurare il diffondersi di malattie infettive nell’ambito di comunità per effetto della mancata vaccinazione antipoliomielitica”), la Corte si è soffermata anche sul diritto all’istruzione del minore, sottolineando che, come per il diritto alla salute, il giudice minorile può adottare, “ai sensi degli artt. 333 e 336 cod. civ., i provvedimenti idonei per sottoporre il bambino alla vaccinazione”. In questo contesto un ruolo fondamentale è svolto anche dall’operatore sanitario competente che deve provvedere a segnalare l’omissione o il rifiuto dei genitori.

Il ricorso al giudice, in questi casi, consente di “rimuovere o superare decisioni dell’esercente la potestà che, in violazione di precisi doveri siano pregiudizievoli al minore stesso, adottando i provvedimenti che egli ritiene convenienti nell’interesse del minore”⁵².

In modo particolarmente significativo, in relazione alla posizione dei genitori e al loro diritto di scelta nella cura dei figli, la Corte - dopo aver chiarito come nel caso di specie non possa venire in rilievo l’art. 13 Cost., poiché l’applicazione del trattamento “non è configurabile quale trattamento coattivo né quando sia attuata dai genitori o su loro richiesta, né quando sia disposta, in loro sostituzione ed anche contro la loro volontà, dal giudice dei minori” - ha sottolineato come non si possa nemmeno configurare una ipotesi di “restrizione della libertà personale dei genitori”, poiché la “potestà dei genitori nei confronti del bambino è, infatti, riconosciuta dall’art. 30, primo e secondo comma, della Costituzione non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell’interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all’esercizio della potestà genitoriale”⁵³.

Pur non essendo stato evocato espressamente l’art. 30 Cost. quale parametro delle censure sollevate sul decreto legge n. 73 del 2017, risultano altrettanto significative le considerazioni svolte dalla Corte nella già citata sentenza n. 5 del 2018.

Con particolare riguardo ai profili di violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., che sarebbero derivati dall’imposizione dell’obbligo di vaccinazione (in particolare, secondo la Regione ricorrente la tecnica della raccomandazione e della persuasione sarebbe un metodo maggiormente

⁵² Corte cost., sentenza n. 132 del 1992. Si veda M. DE PAMPILIS, “La tutela della salute del minore”, cit., che richiama alcune decisioni di merito con cui è stata variamente considerata la responsabilità dei genitori nel negare il consenso al trattamento vaccinale dei figli. Si veda anche C. AMATO, “L’obbligo di vaccinazione”, cit.

⁵³ Corte cost., sentenza n. 132 del 1992.

rispettoso della libertà di autodeterminazione individuale e determinerebbe un bilanciamento più equilibrato fra le esigenze di tutela della salute individuale e collettiva e la libertà di cura), la Corte costituzionale in questa occasione ricorda che l'art. 32 Cost. postula il "necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017), nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (ex multis, sentenza n. 258 del 1994)"⁵⁴.

Proprio l'interesse del minore risulta centrale nelle argomentazioni della Corte, che espressamente ritiene che esso debba essere perseguito "anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore"⁵⁵.

Rispetto a tale preciso limite posto alle scelte dei genitori in materia (e, dunque, al limite che si pone rispetto all'esercizio del loro diritto di cura, a favore della necessità di tutelare il minore attraverso, innanzitutto, l'adempimento del dovere genitoriale), peraltro, la Corte aveva già incisivamente affermato come non possa ammettersi "una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio", dovendo i genitori "adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute dello stesso minore"⁵⁶.

2.4. L'intervento interruttivo di gravidanza: il ruolo (solo) eventuale e (comunque) non determinante dei genitori

La materia dell'interruzione volontaria di gravidanza offre un campo di indagine del rapporto fra genitori e figli e, dunque, come si è anticipato nelle considerazioni introduttive, fra dimensione del dovere di cura e quella del diritto di cura dei genitori particolarmente interessante, poiché la legge n. 194 del 1978 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*), nel disciplinare le modalità e i requisiti di accesso a questo specifico trattamento sanitario, pone espressamente in preminente rilievo la scelta della minorenne, a partire dalla sua iniziativa, e assegna, di conseguenza, un ruolo solo eventuale, in ogni caso non vincolante e, dunque, marginale ai genitori, in specifiche circostanze.

L'art. 12 della legge n. 194 ai fini dell'accesso al trattamento interruttivo richiede in generale, dopo aver riconosciuto che la relativa richiesta deve essere presentata personalmente dalla donna, l'assenso dei genitori.

Entro i primi tre mesi di gestazione, però, se vengono rilevati "seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro diffòrmi", la procedura prosegue

⁵⁴ Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

⁵⁵ Corte cost., sentenza n. 5 del 2018.

⁵⁶ Corte cost., ordinanza n. 262 del 2004.

con l'invio da parte del consultorio, della struttura sanitaria o del medico di fiducia di una relazione al giudice tutelare.

Questa prima previsione risulta essenziale per delineare il margine di autonomia decisionale che viene garantita alla donna minore di età, cui viene riconosciuta la possibilità di accedere al trattamento indipendentemente dal consenso che, in generale, i genitori devono prestare per qualsiasi trattamento sanitario, pur come si vedrà con l'intervento del giudice tutelare.

Le condizioni che legittimano gli operatori a coinvolgere il giudice tutelare (escludendo i genitori) sono certamente molto ampie.

Innanzitutto, essi devono valutare il carattere "serio" dei motivi che legittimano la mancata consultazione dei genitori. Il grado di serietà deve essere tale o da impedire o anche solo da sconsigliare tale coinvolgimento. In secondo luogo, è possibile proseguire con la procedura che può condurre all'interruzione di gravidanza anche nel caso in cui i genitori, direttamente coinvolti, rifiutino espressamente il consenso al trattamento (o anche laddove siano in disaccordo fra loro).

Proprio questa clausola, idonea a consentire un'interpretazione ampia delle ipotesi in cui sia opportuno non coinvolgere i genitori, è stata oggetto di giudizio da parte della Corte costituzionale.

In particolare, si era dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 12 della legge n. 194 del 1978 innanzitutto nella parte in cui prevede che i genitori non vengano informati dello stato di gravidanza della figlia minore, in presenza di seri motivi che ne sconsiglino la consultazione, e in subordine, nella parte in cui la disposizione consentirebbe di interpretare quale serio motivo l'espressa opposizione dei genitori, "per ragioni di ordine morale o religioso, alle pratiche abortive"⁵⁷. Risulta significativo che in quella occasione la questione fosse ritagliata esclusivamente sull'ipotesi prevista dall'art. 12 del mancato coinvolgimento dei genitori e non (anche) su quella che consente l'interruzione di gravidanza quando i genitori, pure ascoltati, neghino il proprio consenso o siano in disaccordo fra loro.

L'ingerenza della pubblica autorità, nella prospettiva del giudice *a quo*, sarebbe stata giustificata solo in via sussidiaria, ossia quando i genitori si fossero mostrati incapaci di assolvere ai propri doveri, secondo quanto dispone l'art. 30, secondo comma, Cost. Al contrario, il mancato coinvolgimento dei genitori avrebbe impedito di aiutare la figlia in una scelta molto difficile e traumatica, risultando peraltro anche discriminatorio "sulla base dei convincimenti di ordine religioso o morale che incidono sull'esercizio della patria potestà"⁵⁸ (art. 3 Cost.). Di conseguenza, sarebbe stata rimessa alle "sole ed interessate affermazioni della gestante"⁵⁹ e al giudice tutelare la decisione intorno all'avvio e alla prosecuzione della procedura interruttiva.

In prospettiva diversa, un'ulteriore censura veniva sollevata, da un altro giudice rimettente, sulla medesima disposizione della legge n. 194, laddove avrebbe determinato un irragionevole

⁵⁷ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981. In particolare, nella vicenda oggetto di uno dei giudizi *a quibus* la minore aveva riferito al giudice tutelare che "la madre, donna di chiesa, ed il padre, presidente delle famiglie adottive, avrebbero sempre condannato l'aborto".

Sulla medesima questione, relativa all'asserita violazione dell'art. 30 Cost., in ragione dell'esclusione dei genitori, che vedrebbero lesa la sfera dei diritti e dei doveri loro costituzionalmente garantiti, si veda anche Corte cost., ordinanza n. 47 del 1982, che ne dichiara la manifesta infondatezza.

⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

⁵⁹ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

differenti trattamenti per la donna minorenni rispetto alla maggiorenne. In particolare, la scelta di interrompere la gravidanza “rappresenterebbe la personalissima scelta di uno status, diversa dalle altre, nelle quali interviene il genitore o il tutore, e che concernono l'allevamento, l'educazione o l'istruzione della minore” e, pertanto, una scelta “necessariamente riservata alla autonoma determinazione dell'interessata, la quale, ancorché minorenni, dovrà pur sempre apprezzarne e sopportarne le conseguenze”⁶⁰.

Inoltre, risulta significativo per i fini che qui interessano anche il profilo di censura secondo cui si sarebbe determinata un'irragionevole discriminazione fra categorie di minorenni, a seconda delle convinzioni personali dei genitori, ossia di un “dato estraneo alla loro determinazione, quale l'attitudine morale o religiosa, nei confronti dell'aborto”⁶¹.

La Corte costituzionale innanzitutto tiene a chiarire che, sebbene non sia prescritta la consultazione dei genitori, essa non sarebbe nemmeno impedita, bensì “lasciata alla valutazione del consultorio, della struttura socio-sanitaria o del medico di fiducia” e anche “al prudente apprezzamento del giudice”. Tale previsione sarebbe legittima, “perché giustificata dall'intento, nettamente perseguito dal legislatore, di prevenire, prima ancora che reprimere penalmente, l'aborto clandestino”⁶².

La Corte, quindi, stabilisce un rapporto di stretta connessione fra la previsione di legge che consente in presenza di seri motivi di non coinvolgere i genitori e il rischio del ricorso all'aborto clandestino, con le inevitabili conseguenze negative sulla salute e sulla vita della donna minorenni. A quelle medesime conseguenze, peraltro, la Corte aveva dedicato uno specifico e significativo richiamo nella sentenza n. 27 del 1975, laddove, pur nella parte della decisione dedicata alla ricostruzione del fatto, aveva riportato le argomentazioni del giudice rimettente, secondo il quale la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 546 (*Aborto di donna consenziente*) c.p., laddove puniva chi cagiona l'aborto di donna consenziente anche quando sia stata accertata la pericolosità della gravidanza per il suo benessere fisico o per il suo equilibrio psichico, senza che vi siano gli estremi dello stato di necessità, avrebbe consentito “a moltissime donne di poter ricorrere all'opera dei sanitari, anziché a quella pericolosissima delle fattucchiere”⁶³.

La valutazione concreta dei seri motivi, dunque, assume una connotazione maggiormente definita e del tutto centrata sulla figura della minorenni. Gli operatori, infatti, sono chiamati a verificare se sia “ragionevole presumere” che il coinvolgimento dei genitori “aggravi il rischio, appunto, del ricorso all'aborto clandestino” e, quindi, se la minorenni possa temere che, in

⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

⁶¹ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

⁶² Corte cost., sentenza n. 109 del 1981. A questo riguardo si veda anche Corte cost., ordinanza n. 14 del 1989, che ricorda che “con sentenza n. 109 del 1981, di cui il giudice a quo non tiene conto, questa Corte ha già ritenuto infondata la questione, in riferimento all'art. 30 Cost., e ciò sul presupposto che la norma impugnata non esclude affatto la consultazione del genitore, ma ne rimette l'opportunità al prudente apprezzamento del giudice tutelare, in conformità all'intento ‘nettamente perseguito dal legislatore, di prevenire, prima ancora che reprimere penalmente, l'aborto clandestino’”.

⁶³ Corte cost., sentenza n. 27 del 1975. Sui profili problematici connessi alla scelta dell'ordinamento di punire penalmente la condotta dell'interruzione della gravidanza oppure di renderla legittima, entro specifici limiti, si veda M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994, 28 s., che richiama i diversi modelli di approccio alla materia, oltre che M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit.

conseguenza del loro intervento, la garanzia delle procedure prescritte dalla legge venga compromessa⁶⁴.

In secondo luogo (ed è questo il passaggio della motivazione della decisione che qui maggiormente interessa) la Corte costituzionale si sofferma specificamente sul dovere e sul diritto dei genitori di cui all'art. 30 Cost. In particolare, secondo la Corte, "L'esercizio del diritto - dovere sancito nell'art. 30 non è precluso, ma è consentito, dove il Giudice tutelare abbia motivo di ritenere operante, nella specie, l'insostituibile rapporto affettivo che dovrebbe stabilmente legare i figli ai genitori, e di dedurre che questi, una volta consultati, soccorrerebbero la gestante nel frangente in cui essa versa"⁶⁵.

Non si tratta, dunque, di escludere l'esercizio del diritto di cura da parte dei genitori, ma di limitarlo in via eventuale a fronte, in ogni caso, di una valutazione concreta circa le possibili (negative) conseguenze che quel medesimo esercizio potrebbero dispiegare sulla minorenni (in particolare, sulla tutela della salute, secondo la disciplina recata dalla legge n. 194 che ancora a precisi requisiti di salute sia fisica sia psichica l'accesso al trattamento interruttivo della gravidanza).

La Corte, peraltro, espressamente concede che "nulla toglie, poi, che l'ausilio paterno possa esplicarsi, secondo i convincimenti morali e religiosi di chi esercita la potestà, anche nel senso di sconsigliare l'aborto e di indurre la minore ad un responsabile accettazione della maternità"⁶⁶.

Il progetto educativo dei genitori, dunque, può dispiegarsi anche in questa specifica circostanza (ossia la determinazione della minorenni rispetto all'accesso al trattamento), se pure a seguito della già citata valutazione degli operatori, ma, ancora prima, solo dopo la preliminare scelta della minorenni di coinvolgere fin da subito i genitori.

Proprio questa ultima considerazione - ossia quella secondo cui il coinvolgimento dei genitori, in realtà, può essere assicurato fin dall'inizio se la minorenni lo vuole - contribuisce a rafforzare il quadro complessivo del rapporto fra genitori e figli, che necessariamente si costruisce nel corso del tempo proprio valorizzando i profili di responsabilità genitoriale e, dunque, la capacità di tenere conto delle aspirazioni e dei desideri dei figli, guidandone le determinazioni (anche nelle scelte più difficili, come quella di interrompere una gravidanza) senza sovrapporre personali preferenze o esigenze.

L'art. 12, come si è anticipato, disciplina anche il ruolo del giudice tutelare, cui viene trasmessa la relazione avente a oggetto la richiesta della minorenni di interrompere la gravidanza. La riflessione su tale intervento consente di arricchire ulteriormente il contesto che si è descritto e che valorizza in modo peculiare la libertà di autodeterminazione della donna minorenni.

Innanzitutto il giudice tutelare deve, entro cinque giorni, sentire quest'ultima e, "tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza".

Sulla formulazione letterale di questa previsione, come è noto, si sono registrate diverse interpretazioni, fino a ritenere consentita al giudice la possibilità di impedire alla minore di età di

⁶⁴ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

⁶⁵ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

⁶⁶ Corte cost., sentenza n. 109 del 1981.

interrompere la gravidanza (e, dunque, di esercitare una sorta di “obiezione di coscienza” pur non espressamente riconosciuta dalla legge).

A questo riguardo, la Corte costituzionale, intervenuta in più occasioni su tale profilo, ha chiarito in via definitiva come il ruolo del giudice tutelare si limiti al (solo) accertamento della effettiva capacità della minorenni di autodeterminarsi nella scelta e non si estenda (anche) alla verifica e alla valutazione delle condizioni di accesso al trattamento. Di conseguenza, non essendo egli chiamato a fare applicazione delle disposizioni che regolano le attività che sono specificamente e necessariamente dirette all'interruzione di gravidanza, risulta inconfigurabile un'ipotesi di obiezione di coscienza, che al contrario viene espressamente riconosciuta per il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dall'art. 9 (pur con specifici limiti qualitativi e temporali)⁶⁷.

La disciplina che regola l'accesso della donna minorenni si arricchisce ulteriormente laddove si dispone che, in caso di accertata urgenza di intervenire a fronte di “un grave pericolo per la salute della minore”, si può procedere con l'interruzione di gravidanza “indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare”. Il relativo certificato predisposto dal medico, dunque, “costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero”.

La tutela della salute della minorenni, quindi, riveste una posizione centrale, in misura tale da porre (del tutto) sullo sfondo il contributo e il ruolo svolto dai genitori, fino ad arrivare all'esclusione dell'intervento anche del giudice tutelare in casi di urgenza. Sempre in questa prospettiva, peraltro, si consideri che dopo i primi novanta giorni di gestazione, l'art. 12 prevede che si applichino alla minorenni le medesime procedure previste all'art. 7 (in relazione alle quali le condizioni di salute e il rischio per la stessa vita della donna assumono una peculiare valenza), senza che assuma rilievo l'assenso dei genitori.

3. Le ipotesi di “scissione” fra la dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori in caso di condanna.

3.1. *L'accesso a determinati benefici per garantire il diritto di cura dei figli e l'adempimento del dovere di cura dei genitori*

⁶⁷ Sui profili sottesi al mancato riconoscimento di un vero e proprio diritto di obiezione di coscienza del giudice tutelare in materia di interruzione volontaria di gravidanza si veda innanzitutto Corte cost., sentenza n. 196 del 1987, a commento della quale si rinvia alle considerazioni svolte da J. LUTHER, “L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della Costituzione”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, X, 2989 ss., E. ROSSI, “L'obiezione di coscienza del giudice”, in *Foro italiano*, 1988, III, 759 ss., e S. MANGIAMELI, “La «libertà di coscienza» di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, IV, 523 ss. Si veda, da ultimo, Corte cost., ordinanza n. 196 del 2012, su cui sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, “Una nuova censura (nuovamente respinta) nei confronti della l. n. 194 del 1978”, in *www.biodiritto.org*, 2012.

In generale, sulle problematiche sottese al riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza dei medici e ai tentativi di estendere l'ambito applicativo dell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 si vedano volendo le più ampie considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, 601 ss.

Ulteriori settori in cui è possibile apprezzare l'inscindibile connessione fra dimensione del dovere e quella del diritto di cura rispetto alla posizione dei figli sono costituiti da un lato dalla disciplina dell'accesso ad alcuni benefici per i genitori detenuti che consentono di espiare una parte della pena a determinate condizioni fuori dal carcere, al fine di garantire la cura e l'assistenza ai figli stessi⁶⁸, e dall'altro lato dal regime di applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale a fronte della commissione di alcuni reati.

In materia, un ruolo essenziale è stato svolto dalla Corte costituzionale che, nel decidere alcune questioni aventi a oggetto l'estensione di simili benefici e il regime di automatica applicazione della pena accessoria, ha fatto riferimento al preminente interesse del minore a intrattenere un rapporto continuativo ed equilibrato con i genitori, con espresso riguardo sia all'art. 30 Cost., sia all'art. 31, secondo comma, Cost.

Rispetto al primo profilo, risulta particolarmente significativo, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, l'istituto della detenzione domiciliare speciale, di cui all'art. 47-*quinquies*, primo-*bis* comma, (*Detenzione domiciliare speciale*) della legge n. 354 del 1975 (*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*), che prevede che l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal primo comma, possa avvenire in un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non vi è un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza. Lo scopo espresso dalla disposizione è quello di garantire la possibilità di "provvedere alla cura e all'assistenza dei figli". La disposizione, come si è detto, si collega inscindibilmente con il primo comma, secondo cui "Quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 47-ter, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, secondo le modalità di cui al comma 1-bis".

Simile possibilità era esclusa dalla stessa disposizione per la specifica categoria di madri condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* (*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*) della legge n. 354 del 1975⁶⁹.

⁶⁸ Rispetto alle problematiche del rapporto fra figli e genitori in stato di detenzione si vedano F. PETRANGELI, "Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri", in *Rivista AIC*, 2012, IV, S. TALINI, "Famiglia e carcere", in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 537 ss., e, in generale, sui profili sottesi alla condizione carceraria M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, e *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, oltre che M. RUOTOLO - S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁶⁹ Sulla *ratio* di tale disposizione si vedano le considerazioni di G. LEO, "Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario", in *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017.

Proprio tale esclusione è stata oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto a plurimi parametri fra cui l'art. 30 Cost. e definita nel senso dell'incostituzionalità con la sentenza n. 76 del 2017⁷⁰.

In particolare, il giudice rimettente riteneva che simile limitazione si ponesse in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., facendo prevalere la pretesa punitiva rispetto alle esigenze preminenti di tutela della maternità e del minore. Il fondamento dello stesso istituto della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqüies* teso a garantire la convivenza fra le detenute madri e i figli, da questo punto di vista, sarebbe stato del tutto sacrificato.

Sebbene la Corte abbia riconosciuto la fondatezza della questione in relazione all'art. 31 Cost., con assorbimento degli ulteriori parametri fra cui in particolare l'art. 30 Cost., le motivazioni che sorreggono la decisione sembrano confermare la tesi secondo la quale l'istituto in oggetto mira innanzitutto a porre nelle condizioni di adempiere al proprio dovere di cura dei figli (pur in presenza di determinate condizioni) le madri condannate e, quindi, a garantire il diritto dei figli a essere curati, restando del tutto sullo sfondo il profilo della garanzia dell'esercizio del diritto di cura.

Nel bilanciamento individuato dapprima dal legislatore e poi dalla Corte costituzionale rispetto alla detenzione domiciliare speciale, dunque, sembra emergere chiaramente come l'ordinamento abbia inteso assicurare in via preminente la posizione del figlio (rispetto sia al diritto di cura delle madri detenute sia alle esigenze di sicurezza sociale connesse con l'esecuzione della pena), con una misura idonea a garantire la tutela del rapporto con la madre, pur nella specifica condizione di condannata per gravi reati.

La stessa Corte, in questa prospettiva, ricorda espressamente che la disposizione censurata - al ricorrere di determinate e specifiche condizioni - è finalizzata ad “ampliare la possibilità, per le madri (o i padri) condannati a pena detentiva, di scontare quest'ultima con modalità esecutive extracarcerarie, per meglio tutelare il loro rapporto con i figli minori e per evitare il fenomeno della ‘carcerizzazione degli infanti’”, sebbene certamente essa consenta anche di soddisfare la “finalità di reinserimento sociale del condannato”. Proprio in ragione di questo obiettivo, che peraltro viene ancor più chiaramente esplicitato dalla Corte valorizzando il “rilievo prioritario” che riveste “la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore”⁷¹, la medesima misura è applicabile anche al padre detenuto, laddove la madre sia deceduta o impossibilitata⁷².

⁷⁰ A commento della decisione, si vedano D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, “Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?”, in *Rivista AIC*, 2017, IV, e, ancora, G. LEO, “Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive”, cit., che ripercorre la giurisprudenza costituzionale espressiva del “principio essenziale” secondo cui “occorre fare tutto il necessario affinché la punizione inflitta al genitore non si risolva in un provvedimento punitivo per il suo bambino”.

⁷¹ La sentenza n. 76 del 2017, peraltro, richiama il precedente con cui la Corte aveva fatto espresso riferimento non solo all'art. 31 Cost., ma anche all'art. 30 Cost. (sentenza n. 239 del 2014), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqüies*, oltre che, in via consequenziale, nella parte in cui la stessa disposizione non escludeva dal divieto anche la misura della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, primo comma, lett. a) e b). La Corte, in quella occasione, aveva espressamente richiamato il “diritto-dovere di educazione dei figli” e il “rilievo del tutto prioritario” che riveste “l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera

Richiamando i propri precedenti con cui ha sottolineato “la speciale rilevanza dell’interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo” con i genitori, dai quali ha il diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, e che risulta complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche⁷³, la Corte costituzionale ha in ogni caso tenuto a ricordare come simile interesse, nonostante il suo elevato rango, non sia sottratto in modo assoluto a un possibile bilanciamento, che rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore, con altri interessi di rilievo costituzionale (come per esempio, in particolare, quello di difesa sociale, che viene in rilievo laddove si incida sulle modalità di esecuzione della pena).

Proprio simile principio - ossia la necessità di bilanciare fra i diversi interessi coinvolti - induce la Corte a ritenere preclusa al legislatore la scelta di sacrificare in assoluto e in via automatica la posizione del minore. In particolare, l’esclusione assoluta di una determinata categoria di madri condannate impedisce, senza alcuna valutazione del caso concreto, la tutela del rapporto fra queste e i figli in tenera età⁷⁴.

L’art. 31, secondo comma, Cost., quindi, risulta violato nella misura in cui la disposizione censurata pretermette l’interesse del minore a instaurare “un rapporto quanto più possibile ‘normale’ con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata”, senza che si possa individuare una ragionevole giustificazione nelle finalità di prevenzione generale e di difesa sociale. In modo ancor più significativo la Corte giunge a ritenere che “le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l’assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole”.

La centralità dell’art. 31 Cost., in questa prospettiva, peraltro, era stata chiaramente riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale già con la sentenza n. 215 del 1990. Nell’estendere anche al padre detenuto la possibilità di accedere all’istituto della detenzione domiciliare al pari della madre di prole di età inferiore ai tre anni, si era sottolineato che la dichiarata incostituzionalità rispetto all’art. 3 Cost. emergeva “particolarmente” a fronte del “collegamento con i principi consacrati negli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione”. Proprio rispetto al dovere-diritto di cura dei genitori la Corte in questa occasione aveva sottolineato come si trattasse di “compiti doverosi che la Costituzione affida [...] alla pari responsabilità dei genitori”. Nella motivazione di questa decisione è precisamente l’art. 31, secondo comma, Cost. a porre la protezione dell’infanzia “in primo piano come valore centrale, e con essa gli istituti necessari a quella protezione” (mentre, come ha chiarito la Corte, “fino a questo punto la tutela dei diritti e dei doveri dei genitori in condizioni di parità, nel generale contesto dei diritti della famiglia, lascia intravedere anche l’interesse tutt’altro che secondario dei figli minori”)⁷⁵.

età ad instaurare un rapporto quanto più possibile ‘normale’ con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo”.

⁷² A questo proposito si veda Corte cost., sentenza n. 215 del 1990, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter, primo comma, n. 1, (*Detenzione domiciliare*) della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare (concedibile alla madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente) potesse essere concessa alle stesse condizioni anche al padre detenuto, nel caso in cui la madre fosse deceduta o comunque assolutamente impossibilitata ad assistere la prole.

⁷³ In particolare, Corte cost., sentenze nn. 17 del 2017, 239 del 2014, 7 del 2013 e 31 del 2012.

⁷⁴ Si rinvia, per le problematiche sottese alla tecnica degli automatismi legislativi, a S. LEONE, “Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento”, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, I.

⁷⁵ Corte cost., sentenza n. 215 del 1990.

L'accoglimento della questione in occasione della sentenza n. 76 del 2017 con esclusivo riferimento all'art. 31, secondo comma, Cost., dunque, pone in particolare rilievo il compito assegnato all'ordinamento di farsi carico dell'effettiva tutela del rapporto fra genitori e figli, anche laddove i primi si trovino in determinate condizioni - quale è appunto la condizione carceraria - che potrebbero del tutto compromettere il diritto a essere curati dei secondi.

In questa prospettiva, l'accesso alla detenzione domiciliare consente effettivamente di porre il genitore - pure condannato - nelle condizioni di adempiere al corrispondente dovere di cura⁷⁶, rimuovendo l'ostacolo che ne impedirebbe, di fatto, l'assolvimento.

Tali conclusioni sembrano ricevere ulteriore conferma se si considera la più recente sentenza n. 174 del 2018, con cui la Corte (ancora una volta assorbendo diversi parametri costituzionali evocati, fra cui l'art. 30 Cost.) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* (*Assistenza all'esterno dei figli minori*) della legge n. 354 del 1975, laddove non permetteva alle madri detenute condannate per determinati reati l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava alla previa espiazione di una quota di pena salvo l'accertamento di alcune condizioni previste dall'art. 58-*ter* (*Persone che collaborano con la giustizia*). L'art. 21-*bis*, infatti, rinviava all'art. 21 (*Lavoro all'esterno*) che stabilisce le condizioni di accesso al beneficio del lavoro all'esterno che attengono alla quota di pena da espiare in carcere.

La Corte, ancora una volta, esplicita il fondamento dell'assistenza dei figli all'esterno, anche attraverso il riferimento ai lavori preparatori. In particolare, con tale beneficio si intendono "ampliare le possibilità per la madre detenuta che non abbia ottenuto la detenzione domiciliare ordinaria o la detenzione domiciliare speciale, di provvedere alla cura dei figli, in un ambiente non carcerario, per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata"⁷⁷.

Così facendo, il legislatore ha specificamente inteso "ampliare le modalità che assicurano la continuità della funzione genitoriale" e ha ritenuto che "i compiti di cura dei figli minori abbiano «lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa»"⁷⁸.

Proprio considerando questi due profili, la Corte si interroga sulla compatibilità a Costituzione della comune disciplina che regola i requisiti di accesso all'assistenza all'esterno dei figli e al lavoro all'esterno, che, al contrario della prima, è "esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi"⁷⁹.

L'accoglimento della questione, con riferimento all'art. 31, secondo comma, Cost., si fonda precisamente, e ancora una volta, sulla valorizzazione della posizione dei figli, che non potrebbe essere sacrificata in via assoluta da una disciplina che subordina l'accesso al beneficio (di cui è diretta destinataria la madre detenuta) alla collaborazione con la giustizia. Questo requisito può

⁷⁶ In questo medesimo senso D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, "Eppure qualcosa si muove", cit., 17, ricordano come, "Secondo la lettura prevalsa in dottrina, sarebbe la specialità del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che 'assorbe' tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a giustificare la crepa così provocata nel monolite dell'art. 4-*bis* ord. penit. Ma fuori dall'orbita dell'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziali si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti: «non essendo per essi invocabile l'art. 31, comma 2, Cost., restano verosimilmente affidati a un legislatore ordinario che può, in singoli casi, subordinare la finalità rieducativa della pena ad esigenze diverse la cui tutela sia ritenuta preponderante»".

⁷⁷ Corte cost., sentenza n. 174 del 2018.

⁷⁸ Corte cost., sentenza n. 174 del 2018.

⁷⁹ Corte cost., sentenza n. 174 del 2018.

condizionare l'accesso al ben diverso beneficio del lavoro all'esterno, poiché quest'ultimo ha di mira "in via esclusiva la risocializzazione dell'autore della condotta illecita"⁸⁰.

L'interesse del figlio in tenera età a un "rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, in via subordinata, con il padre)"⁸¹, invece, pone in evidenza il contrasto della disposizione censurata con l'art. 31, secondo comma, Cost., benché in ogni caso resti riservata al magistrato di sorveglianza la valutazione delle circostanze del caso concreto e, quindi, anche delle esigenze di difesa sociale.

3.2. L'eliminazione dell'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale

Il medesimo interesse del minore costituisce il fondamento delle note decisioni della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 (*Pena accessoria*) c.p., nella parte in cui stabiliva l'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale a fronte della commissione rispettivamente del reato di cui all'art. 567, secondo comma, (*Alterazione di stato*) c.p. e del reato di cui all'art. 566, secondo comma, (*Supposizione o soppressione di stato*) c.p., precludendosi al giudice una valutazione del caso concreto e, dunque, del preminente interesse del figlio⁸².

Sebbene in entrambi i casi le questioni siano state sollevate, fra gli altri parametri, anche rispetto all'art. 30 Cost., compromettendosi il diritto del minore a crescere con i genitori e a essere da loro educati, la Corte solo nella sentenza n. 31 del 2012⁸³ fa espresso riferimento a tale parametro per motivare le ragioni dell'accoglimento in relazione all'art. 3 Cost., ragionando altresì intorno al mutamento del quadro normativo di riferimento per giustificare il proprio precedente di manifesta infondatezza (ordinanza n. 723 del 1988).

Se in quella precedente occasione, in cui veniva evocato quale parametro il solo art. 30 Cost., si era sottolineato che "i minori non possono subire danni dalla perdita, da parte del padre o della madre, della potestà dei genitori, tenuto conto che nell'art. 30, secondo comma, Cost. è espressamente sancito che, nei casi d'incapacità dei genitori ad esercitare la predetta potestà, la legge provvede a che siano assolti, da terzi, i loro compiti; e che appunto un caso d'incapacità legale d'esercizio della potestà dei genitori è quello previsto dall'art. 569 c.p.", e che la pena accessoria ivi prevista era posta anche a tutela dei minori (essendo in tali casi venute meno "le garanzie per la corretta gestione, da parte degli stessi genitori, degli interessi dei minori")⁸⁴, con la

⁸⁰ Corte cost., sentenza n. 174 del 2018.

⁸¹ Corte cost., sentenza n. 174 del 2018.

⁸² Corte cost., sentenze nn. 31 del 2012 e 7 del 2013. Si rinvia ancora a S. LEONE, "Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento" cit., rispetto in generale ai profili problematici degli automatismi legislativi e in particolare laddove sottolinea come "a seconda delle specifiche finalità e delle specifiche ricadute della norma considerata, la precedenza necessariamente da accordarsi a questa o quella esigenza costituzionale potrebbe o ulteriormente corroborare le ragioni di una sua declaratoria di illegittimità (è senz'altro questo il caso della perdita di diritto della potestà genitoriale, censurata per il rischio di un inaccettabile riverbero sul primario - ancorché non assoluto - interesse del minore)" (ivi, 17).

⁸³ Si vedano le considerazioni svolte da M. MANTOVANI, "La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, I, 377 ss.

⁸⁴ Corte cost., ordinanza n. 723 del 1988.

sentenza n. 31 del 2012 la Corte tiene a chiarire come le ragioni dell'accoglimento fondate sul principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) non si pongano in contrasto con quel precedente. La decisione del 1988, infatti, era stata adottata "sulla base di un parametro diverso da quello qui evocato e seguendo un percorso argomentativo che non poteva tenere conto del quadro normativo dianzi menzionato, perché in larga parte non ancora intervenuto"⁸⁵.

Il rigido automatismo previsto dalla disposizione censurata impedisce una valutazione del caso concreto e, dunque, una valutazione intorno al preminente interesse del minore, con specifico riguardo al reato commesso dal genitore (ossia quello di cui all'art. 567, secondo comma, c.p.) che, secondo la Corte, "diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale"⁸⁶.

Alle medesime conclusioni la Corte perviene rispetto all'analoga questione sollevata in relazione al diverso reato di cui all'art. 566, secondo comma, c.p., essendo "certo che anche per la soppressione di stato valgono le stesse considerazioni di non necessaria 'indegnità' del genitore che sono state evocate per la alterazione di stato"⁸⁷.

In questa occasione le questioni vengono sempre accolte in relazione all'art. 3 Cost. e, se è pur vero che l'art. 30 Cost. non viene espressamente considerato nelle motivazioni (essendo assorbito unitamente agli artt. 2 e 29 Cost.), la peculiare esigenza di tutela preminente del minore viene ugualmente valorizzata alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost. e, dunque, alla luce di alcuni parametri sovranazionali⁸⁸.

⁸⁵ Corte cost., sentenza n. 31 del 2012. A questo proposito, si veda ancora M. MANTOVANI, "La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi", cit., che sottolinea come nelle motivazioni delle decisioni assumano un ruolo essenziale non solo l'art. 30, primo comma, Cost., ma anche "tutta la normativa, di rango sovranazionale, rivolta alla protezione dell'interesse del minore. E la peculiare valenza attribuita a tale specifica disciplina dalla decisione *de qua* traluce, in modo particolare, dal passaggio nel quale precisamente nella progressiva implementazione di detta normativa si rinviene uno degli elementi che marcano il *discrimen* fra il tenore ultimo di questa pronuncia e quello dell'ord. n. 723 del 1988, che aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sollevata sempre con riferimento all'art. 569 c.p., per il suo contrasto con l'art. 30 Cost. Ciò in quanto il formarsi e il progressivo consolidarsi di questa normativa sovranazionale di riferimento è (stato) un fenomeno cronologicamente successivo all'adozione di quella decisione".

⁸⁶ Corte cost., sentenza n. 31 del 2012.

⁸⁷ Corte cost., sentenza n. 7 del 2013.

⁸⁸ Sul ricorso anche all'art. 117, primo comma, Cost. in questa decisione si vedano in particolare le osservazioni di V. MANES, "La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la 'dottrina' del 'parametro interposto' (art. 117, comma primo, Cost.)", in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, II, 202, secondo cui si tratta di "Una pronuncia di accoglimento [...] determinata non solo da (evidenti) profili di irragionevolezza, ma anche dal contrasto con indicazioni - ed obblighi - ricavabili da fonti sovranazionali: obblighi che dunque - sembrerebbe leggersi in filigrana - possono contribuire non solo a campire di significato il paradigma fluido della ragionevolezza (offrendo criteri di bilanciamento tra gli interessi in gioco, come nella decisione n. 31 del 2012), ma altresì determinare autonomamente la 'giustiziabilità' della norma interna, appunto in forza della antinomia registrata rispetto alle fonti sovranazionali. Se ne ricava, insomma, una ulteriore e - ci sembra - originale applicazione della dottrina del 'parametro interposto', che si dimostra così un *driver* costantemente in *progress*, decisamente prolifico e con indubbie capacità *multitasking*".

Si veda, inoltre, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 13, che sottolinea come la sentenza n. 7 del 2013 costituisca la "prima occasione in cui il principio dei *best interests of the child* enunciato in una fonte internazionale ha concorso a determinare la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost."

Secondo la Corte il rigido automatismo censurato assume “una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore”, che potrebbero ammettere l’interruzione del rapporto con i genitori solo laddove fosse funzionale alla tutela degli interessi del minore medesimo.

L’eliminazione dell’automatica applicazione della pena accessoria, dunque, risulta fondata sulla necessità di garantire un margine di flessibile valutazione da parte del giudice, pur considerando la commissione del reato quale “‘indice’ per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà”, ossia “il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore”⁸⁹.

In entrambe le decisioni, quindi, il rilievo assegnato dall’ordinamento all’adempimento del dovere di cura e alla garanzia dei corrispondenti diritti dei figli (e, dunque, alla preminente posizione che assume il loro concreto interesse) assume un ruolo decisivo per motivare l’eliminazione del rigido automatismo, a favore di una valutazione concreta e individualizzata, orientata proprio al medesimo interesse del minore (che, in effetti, non esclude affatto che la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale venga applicata).

Ciononostante la Corte, nell’accogliere le relative questioni e nel decidere sulla base di quali parametri dichiararle fondate, ritiene di prescegliere innanzitutto l’art. 3 Cost., dichiarando assorbito - fra gli altri - proprio l’art. 30 Cost. che di quei medesimi principi è direttamente espressivo. Proprio per questo, in fondo, esso risulta in ogni caso sostanzialmente necessario e funzionale a sorreggere l’intero impianto delle motivazioni delle due decisioni, ponendo in particolare rilievo le peculiari specificità dell’irragionevole automatismo dell’applicazione della pena accessoria, che risultano tali proprio alla luce delle conseguenze che si riverberano sulla preminente posizione del minore⁹⁰.

4. Il dovere-diritto di cura da parte di entrambi i genitori anche nella “crisi” della famiglia. Qualche osservazione a margine del diritto alla “perfetta” bigenitorialità del cd. disegno di legge Pillon: il diritto paritario di cura di ciascun genitore (“l’un contro l’altro armati” nella crisi di coppia) prevale sul diritto dei figli (e, quindi, sul dovere dei genitori)?

Un ulteriore profilo contribuisce ulteriormente a comporre il complessivo quadro normativo relativo al rapporto fra genitori e figli e, dunque, fra adempimento del dovere ed esercizio del diritto di cura nei loro confronti, confermando la preminenza della dimensione del dovere di cura e, dunque, dell’interesse dei figli: si tratta, in particolare, della disciplina che governa i medesimi

⁸⁹ Corte cost., sentenza n. 7 del 2013.

⁹⁰ In questo stesso senso si veda anche M. MANTOVANI, “La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi”, cit., secondo cui “Con un’inusuale inversione di prospettiva, si giudica della legittimità di una norma penale contemplante una pena accessoria non dall’angolazione di chi la subisce effettivamente, ma da quella di coloro, *id est* i figli minori, sui quali si irradieranno le conseguenze delle restrizioni imposte al primo, ossia al genitore”.

rapporti laddove intervengano separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento o nullità del matrimonio.

Anche in queste ipotesi è possibile che si verifichino frizioni fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura nei confronti dei figli, sempre tenendo conto della preminente tutela che deve essere garantita agli interessi di questi ultimi.

La recente proposta di legge AS 753 (*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*) (cd. disegno di legge Pillon)⁹¹ offre l'occasione per richiamare, sia pur brevemente, i tratti salienti dell'attuale disciplina in materia e, conseguentemente, per porre in luce alcuni aspetti di problematicità della proposta di riforma, proprio alla luce dei principi che, come si è detto, governano il rapporto fra genitori e figli e che guidano i primi nell'adempimento dei doveri e nell'esercizio dei diritti di cura nei confronti dei secondi.

Come si è visto, alla luce delle disposizioni costituzionali (e dell'interpretazione che di esse ha dato la Corte costituzionale), oltre che delle previsioni codicistiche, emerge un quadro normativo che riconosce il dovere-diritto di cura nei confronti dei figli da parte di entrambi i genitori, che risultano parimenti destinatari dell'attribuzione della responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.)⁹².

In questa medesima prospettiva, il codice civile disciplina specificamente le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale nei casi di separazione della coppia, al fine di garantire, pur sempre, il preminente interesse dei figli.

In particolare, l'art. 337-ter (*Provvedimenti riguardo ai figli*) c.c., oltre a disporre espressamente che la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori⁹³, riconosce al figlio "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Al fine di raggiungere tale risultato, il giudice deve prioritariamente valutare la possibilità di affidare i figli a entrambi i genitori, determinando "i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli".

⁹¹ Si veda, al riguardo, il Dossier di documentazione n. 55 relativo ai disegni di legge AA.SS. 45, 735 e 768 "Disposizioni in materia di affidamento condiviso" (settembre 2018, Servizio studi del Senato).

⁹² Si vedano le osservazioni di M. MANETTI, "Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali", in *Rivista AIC*, 2010, 0, 16 ss., rispetto al "diritto ad avere un padre e una madre" e al paradigma "bigenitoriale ed eterosessuale della genitorialità".

Sul "diritto dei figli alla bi-genitorialità" si veda, ancora, F. PATERNITI, "Lo status costituzionale dei figli", cit., 42 ss., secondo cui "la previsione dell'art. 30, co. 1, ove letta congiuntamente all'art. 29, co. 2, ed all'art. 31, si riverbera in un diritto dei figli alla bi-genitorialità", che trova "le sue radici anche nel principio di responsabilità dei genitori (*rectius*: di 'entrambi' i genitori) per la procreazione".

Si vedano, inoltre, A. ARCERI, "Diritto alla bigenitorialità e rapporto tra minore e nonni nell'affidamento condiviso", in *Famiglia e diritto*, 2016, II, 154 ss., e C. CICERO - M. RINALDO, "Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e 'sindrome da alienazione parentale'", in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2013, III, 871 ss., oltre che V. SANTARSIERE, "Affidamento condiviso del figlio minorenne di divorziati per ritrovare le figure genitoriali", in *Giurisprudenza di merito*, 2008, VI, 1551 ss., e, in generale, M. DOGLIOTTI (a cura di), *Affidamento condiviso e diritti dei minori*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁹³ Si vedano M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 135 ss., in merito all'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale.

L'art. 337-ter c.c., inoltre, richiamando le diverse tipologie di decisioni che devono essere adottate nei confronti dei figli, dispone che quelle di maggiore interesse relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla residenza abituale del minore siano assunte di comune accordo fra i genitori (pur tenendo conto delle capacità, aspirazioni e inclinazioni dei figli), ricorrendosi al giudice solo in caso di disaccordo. L'esercizio separato della responsabilità genitoriale, invece, è possibile solo per le decisioni di ordinaria amministrazione.

Ancora, l'art. 337-ter c.c. disciplina il regime del mantenimento dei figli da parte dei genitori separati, prevedendo che ciascuno di essi vi contribuisca "in misura proporzionale al proprio reddito", potendo il giudice imporre la corresponsione di un assegno periodico "al fine di realizzare il principio di proporzionalità". La determinazione di questo assegno deve tenere conto delle esigenze dei figli, il loro tenore di vita goduto in costanza di convivenza con i genitori, la durata della permanenza presso ciascuno di loro, oltre che le loro risorse economiche e il rispettivo peso economico dei compiti domestici e di cura⁹⁴.

Questi profili rappresentano i cardini di una disciplina che mira a garantire l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale al fine di assicurare al minore una (quanto più possibile) sufficiente continuità nel rapporto con entrambi i genitori, laddove si interrompa la convivenza, senza che questo comporti necessariamente una divisione rigidamente paritaria dei tempi di permanenza con entrambi i genitori.

Il cd. disegno di legge Pillon interviene modificando molteplici disposizioni del codice civile e, incidendo sui principi di cui si è detto, sembra presentare alcune criticità con riferimento specifico a due profili che attengono al riconoscimento di un vero e proprio diritto alla "perfetta" bigenitorialità.

Da un lato, infatti, la riforma intende assicurare al figlio di trascorrere tempi paritetici o equipollenti con entrambi i genitori, imponendo che, salvo diverso accordo fra le parti, debba "in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre". Se la divisione paritaria del tempo su base mensile fosse difficoltosa, si prevedono "adeguati meccanismi di recupero durante i periodi di vacanza, onde garantire una sostanziale equivalenza dei tempi di frequentazione del minore con ciascuno dei genitori".

Il diritto alla "perfetta" bigenitorialità con riguardo al tempo da trascorrere con entrambi i genitori, inoltre, viene garantito anche nelle ipotesi in cui l'affidamento non sia condiviso. Laddove il giudice valuti "contrario all'interesse del minore" l'affidamento condiviso, infatti, devono in ogni caso essere garantiti "tempi adeguati di frequentazione", promuovendo altresì "azioni concrete per rimuovere le cause che hanno portato all'affidamento esclusivo".

Dall'altro lato, il disegno di legge intende modificare i principi che regolano l'obbligo di mantenimento dei figli. In particolare, si dispone che, pur sempre in misura proporzionale al rispettivo reddito, ciascuno dei genitori provveda al mantenimento "diretto" dei figli sia per le spese ordinarie sia per quelle straordinarie, con previsione di "specifici capitoli di spesa" attribuiti a ognuno.

⁹⁴ A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., 127, sottolinea come il mantenimento, quale "istituto connaturato alla responsabilità genitoriale", costituisca "il collante del rapporto col genitore", nella prospettiva di "evitare l'allentamento del legame tra il genitore non collocatario con scarse disponibilità economiche e il figlio".

L'eventuale riconoscimento di un assegno periodico per un tempo determinato a favore di uno dei due genitori da parte dell'altro può intervenire solo laddove strettamente necessario e in via residuale, dovendosi in ogni caso indicare le misure tese a garantire il mantenimento diretto da parte di entrambi.

Mentre nell'attuale disciplina i riferimenti quali le esigenze del figlio, le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei loro compiti domestici e di cura sono funzionali alla determinazione dell'assegno periodico, con la riforma si prevede che a essi si faccia riferimento per la statuizione degli specifici capitoli di spesa che riguardano il mantenimento diretto da parte di entrambi i genitori⁹⁵.

Se pure con tali previsioni si intenda espressamente garantire la posizione del figlio (e, in particolare, il suo diritto alla bigenitorialità e, dunque, alla cura congiunta da parte dei genitori anche in caso di cessazione della convivenza) sembra che le stesse misure a tal fine proposte introducano elementi di complicazione e di irrigidimento per la stessa determinazione dell'assetto dei rapporti non solo fra i genitori, ma anche (e soprattutto) nei confronti dei figli medesimi.

In particolare, le previsioni di riforma sembrano avere l'obiettivo, nella sostanza, di garantire un (asserito) pari diritto di cura di un genitore contrapposto all'altro, posponendo la concreta valutazione del preminente interesse del figlio alla luce delle circostanze concrete (o, comunque, ritenendo in via automatica che un assetto di rapporti paritario corrisponda di per sé a tale interesse).

Proprio gli elementi di rigidità cui si è fatto cenno (rispetto alla divisione del tempo da trascorrere con i genitori e alle modalità di determinazione degli obblighi di mantenimento), infatti, rischiano di non tenere conto del preminente interesse del minore, che si caratterizza alla luce delle specificità di ogni singolo caso concreto e che per questo richiede l'adozione di provvedimenti individualizzati.

La dimensione del diritto dei genitori (o, meglio, del diritto di entrambi i genitori "l'un contro l'altro armati" nella crisi di coppia) nella prospettiva della riforma, dunque, sembra prevalere rispetto al profilo di adempimento del dovere, strettamente funzionale come si è visto alla posizione dei figli.

Con specifico riguardo alla paritaria suddivisione del tempo di permanenza con entrambi i genitori, peraltro, non possono trascurarsi i possibili effetti destabilizzanti sui figli, derivanti dal pendolarismo tra le due residenze. Già alla luce della vigente disciplina relativa all'affidamento condiviso, peraltro, si è opportunamente sottolineato come non sia affatto imposta una

⁹⁵ Si veda ancora A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., 128 s., che sottolinea come secondo l'attuale disciplina il mantenimento, durante il periodo di convivenza con i figli, sia diretto (nel senso che le spese sono direttamente sostenute dal genitore), mentre il genitore non collocatario, poiché trascorre meno tempo con i figli, può dover corrispondere un assegno periodico all'altro genitore. In ogni caso, il "fattore tempo [...] non può essere *sic et simpliciter* decisivo per porre l'assegno periodico di mantenimento a carico del genitore non collocatario", potendo anche quest'ultimo provvedere al mantenimento diretto ("assumendosi una pluralità di spese correnti e per l'acquisto di beni durevoli non attinenti necessariamente alle spese straordinarie"). Ancora, l'obbligo di assegno periodico potrebbe sussistere anche laddove il tempo di permanenza dei figli fosse identico presso entrambi i genitori. L'A. in modo significativo rileva come negare l'assegno di mantenimento potrebbe disincentivare la stessa frequentazione del genitore non collocatario economicamente più debole, "con conseguente lesione del diritto alla bigenitorialità" (ivi, 130).

suddivisione paritaria dei tempi fra i due genitori o una continua alternanza fra una casa e l'altra, proprio nella prospettiva di tutelare il sereno sviluppo psichico e fisico dei minori⁹⁶.

Non sembrano, inoltre, trascurabili, sempre in questa prospettiva, nemmeno la previsione secondo cui nel piano genitoriale stabilito dai genitori debbano essere indicati anche i luoghi abitualmente frequentati dai figli, la scuola e il percorso educativo, le eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative, come anche le frequentazioni parentali e amicali e le vacanze, e quella relativa al doppio domicilio per il minore presso l'abitazione di ciascun genitore, in relazione alle comunicazioni scolastiche, amministrative e di salute.

5. Osservazioni conclusive. Nessuna (rassicurante) soluzione di merito, ma una (precisa) indicazione di metodo

La riflessione intorno al rapporto fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori nei confronti dei figli e, dunque, intorno alla possibile frizione che si può determinare nell'adempimento dei primi e nell'esercizio dei secondi, come si è visto, richiede necessariamente di prendere in considerazione la specifica posizione e i diritti dei figli (a essere curati e a veder garantite le condizioni per l'esercizio di tutta una serie ulteriore di diritti fondamentali, quali innanzitutto i diritti alla salute e all'autodeterminazione), alla luce della stessa prospettiva che ci viene chiaramente consegnata, innanzitutto, dall'art. 30 Cost., oltre che dalle connesse disposizioni civilistiche.

Dall'analisi dei diversi casi che si sono presi in considerazione (da un lato quelli che riguardano specifiche ipotesi di possibile frizione fra adempimento del dovere ed esercizio del diritto di cura dei genitori in rapporto a una serie di diritti dei figli; dall'altro lato quelli che riguardano specifiche misure adottate dall'ordinamento in materia penale per garantire di fatto la posizione dei figli e porre i genitori in condizione di adempiere i propri doveri; inoltre, la disciplina posta a tutela dei figli anche in caso di crisi della coppia genitoriale) non sembra certamente emergere (né forse può esserci) una unica soluzione che indirizzi in concreto e nel merito le determinazioni genitoriali.

Cionondimeno alla luce dei principi costituzionali e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte, oltre che delle disposizioni codicistiche, è possibile trarre una precisa indicazione di "metodo" in grado di orientare in concreto il "mestiere" di genitore (e le relative determinazioni), oltre che le scelte del legislatore rispetto a determinati istituti che inevitabilmente sono suscettibili di incidere sulla posizione dei figli.

In questa prospettiva, infatti, solo l'esercizio da parte dei genitori del diritto di cura necessariamente "orientato/influenzato" dai diritti dei figli (e, dunque, specificamente "centrato" sulla loro posizione e sul loro preminente interesse, senza che vengano anteposte personali esigenze o preferenze dei genitori) può effettivamente coincidere con l'adempimento del corrispondente dovere, eliminando i profili di eventuale "ossimoro" o contrasto fra le due dimensioni.

⁹⁶ M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, cit., 167 s.

Se ai genitori può certamente essere riconosciuta un'ampia discrezionalità nell'esercizio del diritto di cura nei confronti dei figli (prevedendo la legge le modalità per assolvere ai loro compiti solo in caso di incapacità) e, dunque, nella definizione e nella realizzazione del progetto educativo, cionondimeno le relative concrete modalità dovranno pur sempre essere saldamente orientate dal principio del loro preminente interesse, dalla necessità di tenere conto delle loro aspirazioni e inclinazioni e, ovviamente, dallo stesso riconoscimento di diritti fondamentali quali la salute e l'autodeterminazione⁹⁷.

In tal modo, sembra possibile superare l'(apparente) antitesi espressa dall'art. 30 Cost., che, come si è già sottolineato, se pure affianca i termini "dovere" e "diritto", li pone in ogni caso secondo un preciso ordine funzionale all'effettiva garanzia dei diritti dei figli, e, in definitiva, sembra che possa darsi concreta ed effettiva attuazione a quel disegno costituzionale che "necessariamente interpreta l'educazione familiare del minore come un momento del più generale processo di formazione del cittadino"⁹⁸. Pur riconoscendosi indubbi margini di discrezionalità ai genitori nella cura e nell'educazione dei figli, tale diritto di cura, proprio al fine di garantire al minore il suo integrale sviluppo della personalità, non può avere un carattere incondizionato, "essendo istituzionalmente «vincolato negli obiettivi» di formazione morale ed intellettuale del minore"⁹⁹.

⁹⁷ A questo proposito, già M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 106, richiamando gli artt. 8, 19, 21 e 49 Cost., sottolinea che, se essi "consentono la più ampia opzione quanto ai principi di natura religiosa, ideologica o politica da privilegiare come criterio formativo della personalità del minore, [...] ancor prima impegnano infatti i genitori ad assumere i valori di libertà espressi [...] a modello inderogabile del loro programma educativo". Ancora, l'A. sottolinea come si debba escludere "in modo tassativo che il primo comma dell'art. 30 [Cost.] legittimi i genitori ad autoritative imposizioni di modelli di comportamento, ideologie religiose o concezioni politiche accreditate nell'ambiente familiare, ma confliggenti con i giudizi di valore che l'adolescente senta di dover condividere" (ivi, 107).

⁹⁸ M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 105.

⁹⁹ M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 104, che, inoltre, si sofferma in modo significativo su un ulteriore essenziale profilo, che riguarda i limiti posti all'esercizio dei diritti genitoriali e al loro rapporto con l'ordinamento in ragione del fatto che "l'intero processo di formazione morale e intellettuale della gioventù ha un vincolo di scopo che consiste nel garantire al minore l'integrale sviluppo della personalità prefigurato dall'art. 2" Cost. e che "il disegno costituzionale [...] necessariamente interpreta l'educazione familiare del minore come un momento del più generale processo di formazione del cittadino" (ivi, 104 s.).

Ritiene che nei confronti dei figli "il ruolo dei genitori si caratterizza non come diritto, ma come funzione, orientata alla realizzazione dei diritti di questi ad una compiuta formazione personale", da cui deriva la "più volte ribadita «prevalenza» dei diritti del figlio su quelli del genitore, che deriva proprio dal carattere funzionale delle prerogative spettanti a questi ultimi", G. FERRANDO, "Interesse del minore e status del figlio", in *Giurisprudenza italiana*, 1999, V, 1110 ss.

Si veda anche E. LAMARQUE, "Art. 30", cit., secondo cui la "funzione educativa affidata ai genitori [...] consiste nell'assicurare al figlio uno sviluppo e una maturazione integrale della personalità conformi ai precetti di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione e deve svolgersi nel rispetto delle libertà che la Costituzione garantisce anche ai minori (artt. 8, 13, 14, 21, 49 ecc.)". In modo particolarmente significativo, l'A. sottolinea come "l'istituto della potestà [*recte* responsabilità] dei genitori" sia "strettamente funzionalizzato all'interesse del minore e alla formazione della sua personalità", e dunque "sempre meno 'diritto' e sempre più 'dovere'". Quindi, il diritto dei genitori può qualificarsi come "funzione", e cioè "non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite". Si vedano anche i riferimenti ivi citati alla giurisprudenza costituzionale.

G. GIACOBBE, "Educazione della prole", cit., 429, sottolinea come il genitore non sia investito solo del potere strumentale all'adempimento del dovere, ma sia "titolare del diritto soggettivo il cui contenuto è rappresentato dall'adempimento di quel dovere, in un contesto nel quale l'educazione del minore costituisce la realizzazione dell'interesse genitoriale". Secondo l'A. non sarebbe ravvisabile alcuna antinomia fra dimensione del diritto e quella del dovere, poiché nel rapporto fra genitori e figli "è ravvisabile la bivalenza della posizione soggettiva del genitore,

In questa prospettiva, allora, secondo l'evocativa immagine richiamata dal Prof. Rossi nella sua relazione introduttiva, sembra che la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori più che facce della stessa medaglia (che ne evoca la contrapposizione) siano piuttosto due gambe che consentono di stare in equilibrio¹⁰⁰.

E, del resto, come la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare, la stessa nozione di responsabilità genitoriale (tenendo conto della sua evoluzione, a partire dalla potestà genitoriale), riconosciuta dall'art. 30 Cost., non è da intendersi quale "libertà personale" dei genitori, "ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite. E la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli ad un potere assoluto ed incontrollato, affermando il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale"¹⁰¹. A tali medesimi principi e criteri, peraltro, deve uniformarsi anche lo stesso legislatore, chiamato a disciplinare gli istituti tesi a garantire l'assolvimento dei compiti genitoriali (art. 31 Cost.), senza, di conseguenza, irrigidire le scelte che devono essere adottate negli specifici casi concreti¹⁰².

Non una unica rassicurante soluzione di merito, dunque, ma una precisa indicazione di metodo, che, a partire dalle disposizioni e dalla giurisprudenza costituzionali, contribuisce a sostanziare la responsabilità (e non più potestà) genitoriale, con riferimento (prima) all'adempimento dei doveri e (poi) anche all'esercizio dei corrispettivi diritti, nel "duro mestiere" di genitore.

nella misura in cui l'obbligo di costruire un indirizzo valoriale che possa determinare la realizzazione della personalità del figlio, è anche un diritto del genitore" (ivi, 437). F. PATERNITI, "Lo status costituzionale dei figli", cit., 23, rileva che "il ruolo dei genitori (nei confronti dei figli) delineato dall'art. 30, co. 1, ove letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost., fa sì che la formazione intellettuale e morale dei figli possa essere intesa quale 'valore costituzionalmente sovraordinato' rispetto a qualsiasi altro". In modo ancora più significativo, l'A. ritiene che "la funzione educativa dei genitori, configura un diritto dei figli a ricevere una formazione ed una educazione intrise dei valori di libertà immanenti al Testo costituzionale, così come rinvenibili nella libertà di aderire ad una confessione religiosa (art. 8) o di professarne il culto (art. 19); di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21) così come le proprie opinioni politiche (art. 49)", dovendosi escludere la possibilità di imporre autoritativi modelli di comportamento, confliggenti con i giudizi di valore del figlio, al fine di garantire "una effettiva libertà in merito alle proprie scelte esistenziali" (ivi, 28).

¹⁰⁰ E. ROSSI, "La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?", Relazione introduttiva al seminario del Gruppo di Pisa, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, 19 ottobre 2018, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 5.

¹⁰¹ Corte cost., sentenza n. 132 del 1992.

¹⁰² A questo proposito, E. LAMARQUE, *Prima di bambini*, cit., 16, sottolinea le specifiche caratteristiche del principio del superiore o preminente interesse dei bambini, che si configura quale "principio complesso, o meglio *incipite*, perché da una parte esige rigidità, e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme [...]; ma dall'altra parte, e contemporaneamente, pretende flessibilità, perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta [...] la soluzione realmente migliore, più adeguata, per quel singolo determinato minore di cui in quel momento egli si sta occupando".



Desktop prodotti

A partire dal mese di marzo, le informazioni sull'attività di ricerca presenti in loginmiur saranno utilizzate da ANVUR per importanti attività valutative, relative in particolare all'accreditamento dei Corsi di Dottorato e delle Scuole di Specializzazione di area medica e all'avvio, sulla base di quanto previsto dalla legge 240/2010, della terza tornata dell'Abilitazione Scientifica Nazionale. La invitiamo quindi a verificare, entro e non oltre il 7 marzo 2018, che la lista delle Sue pubblicazioni, dei Suoi premi e delle Sue responsabilità scientifiche presenti su loginmiur sia corretta. Potrà effettuare le eventuali integrazioni tramite il catalogo di Ateneo, o direttamente su loginmiur, a seconda della modalità operativa stabilita dal Suo Ateneo.

Le mie registrazioni

81

Prodotti da riconoscere

Riconoscimenti da validare

Cerca



Mostra 10



records

Mostra / nascondi colonne

Esportazione

Carica una visualizzazione



Dati riassuntivi

2018-12-22. (Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli 'ossimori costituzionali' nella cura dei figli. pp.1-36. In GRUPPO DI PISA - ISSN:2039-8026 vol. 2018 (3) *B. Liberali*

Resp. del dato : sei il responsabile

Identificativo : hdl:2434/613266

Tipologia

01 - Articolo su periodico

validato

successo

Ultima modifica

27/2/2019 16:04



Azioni